

Tilburg University

## Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten

van Daelen, M.M.A.; Huybens, J.H.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Daelen, M. M. A., & Huybens, J. H. (2010). Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten. *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2010(4), 99-117.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## INHOUD

**Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten**  
*M.M.A. van Daelen LLM en J.H. Huybens LLM*

VERSCHIJNT 6 × PER JAAR

VENNOOTSCHAP  
STICHTING  
VERENIGING

4

Augustus 2010

## Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur

(voorheen Stichting Vereniging en Vennootschap)

Juridisch (civiel & fiscaal) tijdschrift voor bestuurders, commissarissen, secretarissen en adviseurs van vennootschappen, verenigingen of stichtingen. Het tijdschrift volgt, beschrijft en becommentarieert de voor de praktijk relevante juridische en fiscale aspecten van een goed en verantwoord ondernemingsbestuur. In het bijzonder op het gebied van: aansprakelijkheid, fiscaliteit, corporate governance, effectenrecht, enquête-recht, concernrecht, maatschappelijk verantwoord ondernemen, corporate recovery, jaarrekeningrecht, fusie & overname en familieondernemingen.

### Redactie

prof. mr. C.A. Schwarz (voorzitter)

mr. J.J.A. Hamers

mr. M. Koelemeijer

mr. C.W.M. Lieveer

mr. M. Olaerts

mr. G.J.H. van der Sangen

prof. mr. B.T.M. Steins Bisschop

dr. J.L. van de Streek

prof. mr. W.J.M. van Veen

prof. mr. dr. H.M. Vletter-van Dort

prof. mr. D.F.M.M. Zaman

prof. dr. mr. P.M. van der Zanden

### Medewerkers

prof. mr. R.C.J. Galle, mr. dr. C.P.M. van Houte en prof. mr. B. Wessels

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van het tijdschrift.

### Redactiesecretariaat

E.J.R. Loos, Dorpstraat 5, 6438 JS Oirsbeek

tel. 043-3281312, e-mail: eric.loos@planet.nl

### Uitgever

Uitgeverij Paris, Postbus 4083, 7200 BB Zutphen

tel. 0575-514299; fax 0575-514509; e-mail: info@uitgeverijparis.nl

www.uitgeverijparis.nl

### Abonnementenadministratie

tel. 079-3633095; fax 079-5937411

e-mail: abonnementen@uitgeverijparis.nl

voor postadres zie Uitgever

### Abonnementsprijs 2010

€ 194 per jaar, inclusief opbergband. Studenten 50% korting.

Losse nummers: € 34,50. Voor abonnees in het buitenland geldt een toeslag van € 19,50 i.v.m. verzendkosten. Voor online-abonnement zie www.uitgeverijparis.nl.

### Beëindiging abonnement

Abonnementen kunnen tot 1 maand voor het einde van de abonnementsperiode worden opgezegd. Informatie over de abonnementsperiode vindt u op de factuur.

### Alle rechten voorbehouden

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

### Disclaimer

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. De auteur(s), redactie en uitgever aanvaarden geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden noch voor de gevolgen hiervan.

De redactie benadrukt dat de inhoud van de gepubliceerde artikelen niet noodzakelijkerwijs de mening van de redactie vertegenwoordigt.

### Advertentie-exploitatie

Voor adverteren in de juridische media van Uitgeverij Paris kunt u contact opnemen met Uitgeverij Paris.

### Aanbevolen citeerwijze

TvOB 2010-... (afleveringsnummer), p. ...

ISSN 1573 - 5877

# Inhoud

- 99 *M.M.A. van Daelen LLM en J.H. Huybens LLM*  
Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten

# Europese ontwikkelingen en (de hervorming van) het BV-recht in verschillende lidstaten



## 1. Inleiding

‘De functie van het ondernemingsrecht is in de eerste plaats dat het een raamwerk zou dienen te bieden voor de ondernemer bij zijn keuze voor de voor hem meest efficiënte rechtsvorm ter bereiking van zijn ondernemingsdoelstelling’.<sup>1</sup> Een ondernemer die vanwege beperkte aansprakelijkheid en fiscale aspecten een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid wenst op te richten heeft de mogelijkheid om voorbij onze landsgrens te gaan en ervoor te kiezen een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie op te richten. De vraag is in hoeverre Nederlandse ondernemers gebaat kunnen zijn bij gebruikmaking van buitenlandse vennootschapsvormen. Het antwoord zal gelegen zijn in een combinatie van onder andere fiscale aspecten, oprichtingsvereisten, kosten van instandhouding en aansprakelijkheidsrisico’s. Aangezien binnen het bestek van dit artikel niet al deze elementen behandeld kunnen worden, zal dit artikel zich beperken tot enkele voor de praktijk juridisch relevante aspecten. Na een korte schets van het palet met Nederlandse ondernemingsvormen en de rechtsvormconcurrentie binnen de EU in paragraaf 2 en 3, zal paragraaf 4 aan de hand van een aantal thema’s de BV (Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) vergelijken met equivalenten van de BV in de ons omringende landen, meer concreet: de Belgische BVBA (Besloten Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid), de Britse Ltd. (Private Limited Company) en de Duitse GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung). Vervolgens zal in paragraaf 5 kort worden ingegaan op de voorgestelde aanvulling van het keuzemenu met een Europese BV (de SPE; Societas Privata Europaea). Het artikel wordt afgesloten met paragraaf 6 waarin de concurrentiepositie van de Nederlandse BV ten opzichte van voormelde alternatieven wordt bekeken.

## 2. Het Nederlandse palet met ondernemingsvormen

Ondernemers kunnen besluiten individueel het ondernemerspad te betreden met de vormvrije eenmanszaak of met een of meer gelijkgestemden de handen ineen te slaan om de ondernemerskansen in samenwerkingsverband te benutten. Veel ondernemers kiezen voor het laatste, omdat binnen een samenwerking met de materiële inleg en inzet van meerdere personen aan de slag kan worden gegaan en op een ondernemingspartner kan worden teruggevalen. Het combineren van ideeën, inzichten, talenten en stoffelijke of immateriële productiemiddelen afkomstig van verschillende personen biedt vaak een vruchtbare bodem voor de nodige synergie-effecten. Deze samenwerking kan resulteren in het behalen van vermogensrechtelijk voordeel, oftewel winst. Mocht een dergelijke samenwerking spontaan ontstaan dan wordt deze naar huidig recht gekwalificeerd als een vennootschap onder firma (VOF) waar het gaat om de uitoefening van een bedrijf en is sprake van een maatschap als het een samenwerking van beroepsbeoefenaren betreft.<sup>2</sup> Beide rechtsvormen plegen te worden aangeduid als personenvennootschappen. Gezien de strekking van dit artikel worden deze personenvennootschappen niet verder uitgewerkt. Tevens wordt voorbijgegaan aan de communautaire vennootschap, vereniging, coöperatie,<sup>3</sup> onderlinge waarborgmaatschappij en stichting.

Vanwege de beperkte aansprakelijkheid van de ondernemer(s) en om fiscale redenen worden ondernemingen vaak gedreven in de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap. Gezien de praktijk van de afgelopen decennia biedt de BV goede mogelijkheden om persoonsgebonden samenwerkingsvormen in onder te brengen. Om dezelfde redenen biedt de BV ook voor zelfstandig ondernemers (met of zonder personeel) een aantrekkelijk alternatief

\* M.M.A. van Daelen LLM en J.H. Huybens LLM zijn beiden docent en onderzoeker Ondernemingsrecht bij het Departement Business Law van de Universiteit van Tilburg. Aanleiding voor dit onderzoek was de incompany training van ABAB Belastingadviseurs en Juristen BV. Mede dankzij de inbreng en vragen van de aanwezigen aldaar hebben de auteurs het onderzoek verder vorm kunnen geven. Met name danken de auteurs Gaby van Ratering en Paul van der Aa. De auteurs zijn mr. dr. Ger van der Sangen en prof. dr. Christoph van der Elst zeer dankbaar voor de waardevolle commentaren die zij hebben geleverd gaandeweg het onderzoek.

1. G.J.H. van der Sangen, ‘Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU’, *TvOB* 2008-4, p. 98.
2. Naar toekomend recht kwalificeert de samenwerking altijd als openbare vennootschap (OV), zolang de samenwerking op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een gemeenschappelijke naam. Zie art. 801 lid 1 Wetsvoorstel Personenvennootschap. Zie *Kamerstukken I* 2004/05, 28 746, nr. A. De invoeringswet Wetsvoorstel Personenvennootschap ligt inmiddels voor aan de Eerste Kamer. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 065, nr. A.
3. Het verdient aandacht dat de coöperatie wordt gebruikt als een alternatief voor de BV. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, P.J. Dortmond, R.C.J. Galle e.a., *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007; M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (Pitlo Deel 2), Deventer: Kluwer 2006, hoofdstuk 9.

Tabel 1: Verdeling naar ondernemingsvormen in 2010<sup>4</sup>

Ondernemingsvorm		Geregistreerde ondernemingen in 2010
Natuurlijk persoon	Eenmanszaak	705 831
Personenvennootschap	Maatschap	21 918
	VOF	151 641
Kapitaalvennootschap	BV	760 110
	NV	4 313

voor de eenmanszaak. We spreken dan van respectievelijk een dga (directeur-groootaandeelhouder) of zzp'er (zelfstandige zonder personeel). Het besloten karakter van de BV komt allereerst tot uitdrukking in de bekendheid van de vennootschap met de identiteit van haar aandeelhouders.<sup>5</sup> In het verlengde daarvan luiden alle aandelen op naam en zijn deze niet vrij verhandelbaar of overdraagbaar doordat geen aandeelbewijzen worden uitgegeven en de vennootschap een verplichte blokkeringsregeling kent.<sup>6</sup> De beperkte mogelijkheden om de samenwerking tussen aandeelhouders en bestuurders – welke functies in persoonsgebonden samenwerkingsvormen veelal door dezelfde personen worden vervuld – te beëindigen resulteert in veel conflicten en juridische procedures.<sup>7</sup> Het gebrek aan uittredingsmogelijkheden kan dan leiden tot zogenoemde *deadlock*-situaties.

Door de voorgestelde flexibilisering van het BV-recht<sup>8</sup> zullen de contractuele aard van de BV en de op de persoon gerichte samenwerking meer op de voorgrond treden. Hierdoor zal de BV conceptueel dichterbij de personenvennootschap komen te staan waar de samenwerking met het oog op de persoon van de partners wordt aangegaan. Tegelijkertijd zal een verdere verwijdering plaatsvinden van de naamloze vennootschap (NV) die normaliter aandelen aan toonder kent welke vrij overdraagbaar zijn. Daardoor is de identiteit van deze aandeelhouders bij de vennootschap doorgaans ook niet bekend.<sup>9</sup> De NV wordt veelal gebruikt om toegang te krijgen tot het kapitaal van beleggers. Door middel van een prospectus (welke informatie bevat over de onderneming en de uit te geven effecten) worden aandelen in de ter beurs genoteerde NV aangeboden aan de markt. De NV kenmerkt zich door open verhoudingen met (veelal) anonieme aandeelhouders. Door de vrije overdraagbaarheid van aandelen kunnen ontevreden aandeelhouders (uiteraard onder voorwaarde van het bestaan van potentiële kopers)

gemakkelijk hun aandelen verkopen, waardoor veel conflicten worden voorkomen.

Tabel 1 illustreert dat er in Nederland meer kapitaalvennootschappen dan personenvennootschappen staan ingeschreven in het handelsregister en dat van de rechtsvorm van de BV vele malen meer gebruik wordt gemaakt dan van de NV. Toch is er al jaren discussie over de wens om te komen tot een meer flexibele (juridische) inrichting van de BV. De voorgestelde wijziging van het BV-recht is indicatief voor de in de praktijk bestaande behoefte aan flexibele rechtsvormen, waarbinnen de verhouding tussen de ondernemers op de door hen gewenste wijze kan worden vastgelegd. De voornaamste wijzigingen omvatten afschaffing van het minimumkapitaal, ruimere mogelijkheden om in statuten af te wijken van bepalingen in de wet en afschaffing van de verplichte blokkeringsregeling. Deze punten komen later meer uitgebreid aan bod.

### 3. Rechtsvormconcurrentie binnen de EU

Op het palet liggen naast de Nederlandse ondernemingsvormen echter nog andere ondernemingsvormen. Een ontwikkeling die belangrijk is geweest voor de aanbodzijde van rechtsvormen is de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EG). Door het wijzen van een aantal baanbrekende arresten heeft het HvJ EG de deur geopend voor rechtsvormconcurrentie tussen de EU-lidstaten. Voor een juist begrip van deze ontwikkeling zullen de belangrijkste arresten hierna kort worden besproken. Bij deze bespreking is het onderscheid tussen de werkelijke zetelleer en de incorporatieleer van belang. Volgens de werkelijke zetelleer wordt een rechtspersoon beheerst door het recht van het land waar de werkelijke zetel van de rechtspersoon is gevestigd. Bij het vaststellen van de locatie van de werkelijke zetel kan onder meer van belang zijn waar het bestuurscentrum is gevestigd en/of waar de voornaamste activiteiten van de rechtspersoon worden uitgeoefend. De incorporatieleer stelt dat de

4. Conform adressenlijst van het handelsregister van de Kamer van Koophandel; gegevens geactualiseerd op 8 juni 2010.

5. Art. 2:194 BW.

6. Art. 2:195 lid 2 BW.

7. Zie G.J.H. van der Sangen, 'Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij de flex-BV', *TvOB* 2008-1. L.L.M. Prinsen, 'Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen, gevolgen voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk', *TvOB* 2008-5.

8. Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Gewijzigd voorstel van wet, 15 december 2009, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A. Het wetsvoorstel is op 15 december 2009 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Het voorbereidend onderzoek door de Eerste Kamercommissie voor Justitie is op 2 februari 2010 opgeschort in afwachting van een doorlopende wettekst. Het is nog onzeker wanneer de wet in werking zal treden. De invoeringswet Flex-BV is op 22 juni 2010 aan de Tweede Kamer aangeboden. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 2.

9. Blijkens art. 2:82 lid 1 BW dient in de statuten van de NV te zijn neergelegd of de aandelen op naam of aan toonder luiden. Blijkens art. 2:82 lid 2 BW behoort een combinatie van beide typen aandelen ook tot de mogelijkheden. Als er aandelen op naam zijn gesteld, dient het bestuur van de aandeelhouders een register bij te houden o.g.v. art. 2:85 lid 1 BW. Daarnaast bepaalt art. 2:87 BW dat in de statuten een blokkeringsregeling voor de aandelen op naam kan worden opgenomen.

rechtspersonen worden beheerst door het recht van het land krachtens hetwelk de rechtspersoon is opgericht. Een zeer belangrijk aspect bij de vraag naar toepasselijkheid van de werkelijke zetelleer of de incorporatieleer is wie belasting mag heffen over de activiteiten.<sup>10</sup>

Allereerst verdient het *Daily Mail*-arrest<sup>11</sup> uit 1988 vermelding.<sup>12</sup> In dit arrest oordeelde het HvJ EG dat het Verenigd Koninkrijk, gelet op de nationale aard van het vennootschapsrecht voorwaarden mag stellen aan de verplaatsing van de centrale leiding van een vennootschap die naar het recht van het Verenigd Koninkrijk is opgericht. Een belangrijke overweging in dit arrest is dat de in het EG-Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging geen oplossing biedt voor de verschillende definiëring door lidstaten van de band tussen een vennootschap en haar lidstaat van oprichting.<sup>13</sup> Het HvJ EG oordeelde dat deze vraagstukken in toekomstige wetgeving of verdragen moeten worden geregeld.

In het volgende arrest in deze context, het *Centros*-arrest, wordt terugverwezen naar het *Daily Mail*-arrest. In *Centros*<sup>14</sup> heeft het HvJ EG in 1999 geoordeeld dat ondernemingen ongunstige nationale bepalingen van vennootschapsrecht mogen omzeilen door gebruikmaking van buitenlandse rechtsvormen. Dit kan bijvoorbeeld door oprichting van een Engelse Ltd. met een filiaal in een andere lidstaat van waaruit (bijna) alle ondernemingsactiviteiten worden verricht.

In *Überseering*<sup>15</sup> (2002) ging het om een Nederlandse BV die haar werkelijke zetel verplaatste naar Duitsland. Vanwege de door Nederland gehanteerde incorporatieleer heeft verplaatsing van de werkelijke zetel geen gevolg voor het toepasselijke recht, immers de vennootschap blijft onderworpen aan Nederlands recht. De door Duitsland gehanteerde werkelijke zetelleer leidt echter tot de conclusie dat de Nederlandse BV onderworpen moet worden aan het Duitse vennootschapsrecht. Hier oordeelde het HvJ EG dat de verdragsrechtelijke vestigingsvrijheid binnen de EU verhindert dat een lidstaat (in casu Duitsland) op grond van zijn internationaal privaatrecht een buitenlandse rechtspersoon (de Nederlandse BV) die zijn werkelijke zetel binnen die lidstaat (Duitsland) heeft beperkingen kan opleggen anders dan op grond van het algemeen belang. De rechts- en procesbevoegdheid van een vennootschap moet worden vastgesteld aan de hand van het recht van de lidstaat overeenkomstig wier wetgeving de vennootschap is opgericht en waar zij

haar statutaire zetel heeft (in casu Nederland), wat moet worden erkend door de lidstaat van vestiging.

Zoals het HvJ EG in 2005 oordeelde in de *Inspire Art*-zaak,<sup>16</sup> mag een lidstaat ook niet zomaar (als niet is aangetoond dat er sprake is van misbruik) aanvullende verplichtingen opleggen aan binnen zijn grondgebied opgerichte filialen van naar het recht van een andere lidstaat opgerichte (buitenlandse) rechtspersonen. Het ging daarbij om aanvullende verplichtingen die waren opgenomen in de Nederlandse Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen waarin voor formeel buitenlandse vennootschappen onder andere openbaarmakingverplichtingen en voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders waren opgenomen.

Uit het bovenstaande kunnen twee invalshoeken belicht worden. Enerzijds het gezichtspunt van de lidstaat van oprichting van de vennootschap (zie *Daily Mail*) en anderzijds het gezichtspunt van de lidstaat van vestiging (zie *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*). Uit de besproken arresten *Centros*, *Überseering* en *Inspire Art* blijkt dat lidstaten een naar het recht van een andere lidstaat opgerichte rechtspersoon dienen te erkennen en aan deze vennootschap geen rechten mogen ontfangen (*Überseering*) noch extra verplichtingen mogen opleggen (*Inspire Art*). Tabel 2 laat de drie laatstgenoemde uitspraken in een tijdas zien. Tabel 3 illustreert het gevolg van deze uitspraken voor het aantal door buitenlanders opgerichte Ltds.

Onderstaande tabellen laten een toename van het aantal door buitenlanders opgerichte Ltds. zien. Vooral Duitse ondernemers hebben vanwege de mogelijkheden die bovenvermelde uitspraken bieden een Ltd. opgericht, gevolgd door Nederlandse ondernemers. Deze toename van het gebruik van Ltds. door buitenlandse ondernemers dient echter gerelativeerd te worden. Een groot deel van deze ondernemingen is slechts voor korte duur economisch actief. Zo blijkt uit onderzoek dat van de ruim zesduizend door Nederlandse ondernemers opgerichte Ltds. in de periode 2003-2006 (de periode na het *Centros*-arrest) slechts ongeveer tweeduizend ondernemingen nog geregistreerd stonden in het handelsregister (Chamber of Commerce) tegen 1 juli 2007.<sup>17</sup> Eenzelfde trend komt naar voren in een onderzoek naar de door Duitse ondernemers opgerichte Ltds. dat laat zien dat de helft van de ondernemingen na een jaar niet meer actief is en

10. Zie hierover E.C.C.M. Kemmeren, 'Internationale zetelverplaatsing: exemplarisch voor de wisselwerking tussen ondernemingsrecht en belastingrecht', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 233-244.

11. HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87 (*Daily Mail*).

12. Dit is het eerste arrest waarin het HvJ EG uitspraak heeft gedaan over het primaire vestigingsrecht. Twee jaar eerder heeft het HvJ EG zich al gebogen over het secundaire vestigingsrecht (het recht om in een andere lidstaat een filiaal op te richten) in het *Segers*-arrest (HvJ EG 10 juli 1986, nr. C-79/85, *Jur.* 1986, p. 2375).

13. HvJ EG 27 september 1988, nr. 81/87 (*Daily Mail*), r.o. 23.

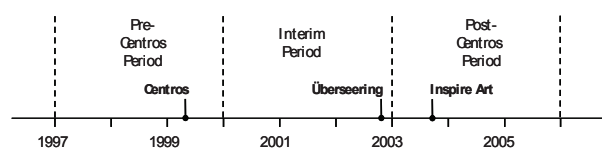
14. HvJ EG 9 maart 1999, nr. C-212/97 (*Centros*), *NJ* 2000, 48.

15. HvJ EG 5 november 2002, nr. C-208/00 (*Überseering*), *NJ* 2003, 58.

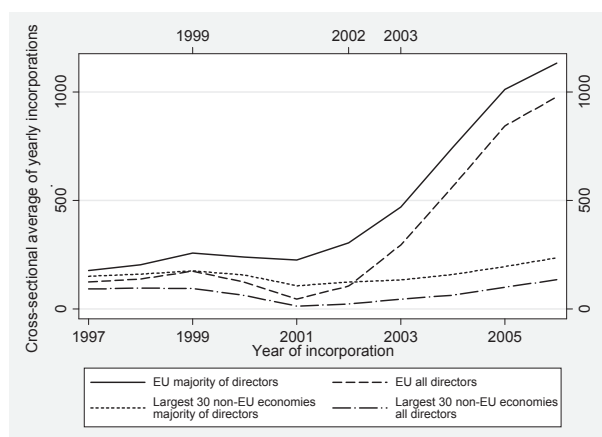
16. HvJ EG 30 september 2003, nr. C-167/01 (*Inspire Art*), *NJ* 2004, 394. Zie de noot van P. Vlas onder het arrest voor de vraag of de arresten *Überseering* en *Inspire Art* leiden tot een race to the bottom (onder 7).

17. W.W. Bratton, J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis', *ECGI Law Working Paper* no. 91/2008, januari 2008, p. 27.

Tabel 2: HvJ EG-uitspraken in tijdas<sup>18</sup>



Tabel 3: Incorporatie van buitenlandse Ltds. in het V.K.<sup>19</sup>



zelfs 90% van de ondernemingen niet meer bestaat na twee jaar.<sup>20</sup> De oorzaak van deze korte levensduur kan gelegen zijn in het soort onderneming waarvoor buitenlandse incorporatie aantrekkelijk is.<sup>21</sup> De lage kosten van oprichting zijn de belangrijkste reden voor voornamelijk kleine ondernemingen om een Ltd. op te richten. De korte oprichtingstermijn ondersteunt de aantrekkelijkheid van een Ltd. en de actieve promotie van de Ltd. door registratiekantoren in continentaal Europa is tevens van invloed.<sup>22</sup> Naast de relativering van het aantal door buitenlandse ondernemers opgerichte Ltds. dient vermeld te worden dat het hier alleen gaat om incorporatie van een nieuwe onderneming en niet om reincorporatie van een bestaande onderneming.<sup>23</sup>

Het *Sevic*-arrest<sup>24</sup> heeft ertoe geleid dat statutaire zetelverplaatsing van een besloten vennootschapsvorm feitelijk ook kan worden bewerkstelligd door middel van een gekunstelde grensoverschrijdende juridische fusie. Het HvJ

EG oordeelde in 2005 in deze zaak kort gezegd dat een juridische fusie tussen een Duitse vennootschap (*Sevic GmbH*) en haar Luxemburgse dochtermaatschappij (*SA Security Vision*) op grond van gemeenschapsrecht niet mag worden verhinderd, gezien het feit dat onder gelijke omstandigheden een fusie tussen twee Duitse vennootschappen wel was toegestaan. In de praktijk komt het erop neer dat een naar Duits vennootschapsrecht opgerichte GmbH haar statutaire zetel naar Nederland kan verplaatsen door een Nederlandse dochteronderneming (BV) op te richten waarmee de GmbH vervolgens fuseert en waarbij de Nederlandse BV de verdwijnende vennootschap is.<sup>25</sup>

Recentelijk (2008) is door het HvJ EG het *Cartesio*-arrest<sup>26</sup> gewezen waarin wederom een kwestie speelde vanuit het gezichtspunt van de lidstaat van oprichting van de vennootschap. Deze zaak betrof een Hongaarse commanditaire vennootschap die haar werkelijke zetel wenste te verplaatsen naar een andere lidstaat. Naar Hongaars recht had een vennootschap destijds haar zetel op de plaats waar zich haar operationele bestuurscentrum bevindt. Daarmee was Hongarije ten tijde van de uitspraak van dit arrest een lidstaat die de werkelijke zetel-leer kende. Een Hongaarse handelsrechtbank weigerde de Hongaarse commanditaire vennootschap toestemming te verlenen voor de verplaatsing van haar zetel naar Italië. De reden voor deze weigering was dat het Hongaarse recht vennootschappen niet de mogelijkheid toekende om hun operationele bestuurscentrum naar het buitenland te verplaatsen met behoud van hun juridische status als vennootschap naar Hongaars recht. Deze handelswijze wordt door het HvJ EG niet in strijd geacht met de verdragsrechtelijke vrijheid van vestiging. Wel wijst het HvJ EG erop dat deze bevoegdheid van een lidstaat van oprichting om een onder zijn nationaal recht vallende vennootschap niet toe te staan deze hoedanigheid te behouden, geen rechtvaardiging vormt om – door het vereisen van ontbinding en liquidatie – te beletten dat de vennootschap zich kan omzetten in een vennootschap van de lidstaat van vestiging indien het nationale recht van die lidstaat van vestiging dat toelaat.<sup>27</sup> Een dergelijke belemmering voor omzetting van een vennootschap is verboden, tenzij de belemmering kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.<sup>28</sup> Cru-

18. M. Becht, C. Mayer & H.F. Wagner, 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', *ECGI Law Working Paper* no. 70/2006, augustus 2007, p. 36.

19. M. Becht, C. Mayer & H.F. Wagner, 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', *ECGI Law Working Paper* no. 70/2006, augustus 2007, p. 36.

20. W. Niemeier, 'Die "Mini GmbH" (UG) trotz Marktwende bei der Limited?', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, vol. 28, augustus 2007.

21. M. Becht, C. Mayer & H.F. Wagner, 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', *ECGI Law Working Paper* no. 70/2006, augustus 2007.

22. W.W. Bratton, J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis', *ECGI Law Working Paper* no. 91/2008, januari 2008, p. 27.

23. Zie voor een uitgebreide bespreking van regulatory arbitrage en regulatory competition G.J.H. van der Sangen, 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', *TvOB* 2008-4.

24. HvJ EG 13 december 2005, nr. C-411/03 (*Sevic*), *NJ* 2009, 201.

25. Zie G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest', *TvOB* 2006-5.

26. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), *NJ* 2009, 202.

27. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), *NJ* 2009, r.o. 110 en 112.

28. HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (*Cartesio*), *NJ* 2009, r.o. 113. Rechtvaardiging van belemmeringen van de in het EG-Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden is afhankelijk van vier voorwaarden: de belemmeringen moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is. Zie hierover HvJ EG 30 september 2003, nr.

ciaal in de overwegingen van het Hof is dat, zolang de lidstaten – via een richtlijn of een verdrag – geen overeenstemming hebben bereikt over de vereiste band tussen een vennootschap en een lidstaat (hetgeen sinds de *Daily Mail*-zaak nog steeds zo is), art. 48 EG-Verdrag (thans: art. 54 Verdrag van Lissabon) lidstaten de ruimte biedt om de verschillende aanknopingspunten – statutaire zetel, hoofdbestuur en hoofdvestiging – te hanteren. Het *Cartesio*-arrest heeft laten zien dat de werkelijke zetelleer nog steeds bestaansrecht heeft binnen de EU, voor zover het gaat om definiëring van de band tussen een lidstaat van oprichting en een vennootschap.<sup>29</sup>

Overeind blijft het feit dat iedere lidstaat een filiaal van een naar het recht van een andere lidstaat opgerichte en aldaar gevestigde vennootschap dient te accepteren en respecteren. Dat neemt niet weg dat een onderdeel van de werkelijke zetelleer kan zijn dat een vennootschap niet meer wordt erkend in het land van oprichting doordat in een filiaal, opgericht in een andere lidstaat, feitelijk alle activiteiten worden verricht.<sup>30</sup> De verplaatsing van de werkelijke zetel heeft dan tot gevolg dat de vennootschap volgens het recht van het land van oprichting ophoudt te bestaan. Twee uitzonderingen op deze regel worden hieronder besproken.

Een voorbeeld van een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt is België. Het Wetboek IPR schrijft voor dat rechtspersonen worden beheerst door het recht van de staat waar de rechtspersoon vanaf de oprichting zijn voornaamste vestiging heeft.<sup>31</sup> Wanneer die rechtspersoon vervolgens zijn voornaamste vestiging verplaatst naar een andere staat, dan wordt de rechtspersoon vanaf dat moment beheerst door het recht van die staat.<sup>32</sup> Bij het bepalen van de voornaamste vestiging wordt in het bijzonder rekening gehouden met het bestuurscentrum maar ook met het zaken- of activiteitscentrum en pas daarna met de statutaire zetel van de vennootschap.<sup>33</sup> Een – vanuit de wens om bepalingen van Nederlands vennootschapsrecht te ontwijken ingegeven – in België opgerichte BVBA welke haar activiteiten in Nederland uitoefent, dient door Nederland te worden erkend op grond van de arresten

*Centros*, *Überseering* en *Inspire Art*. Echter, indien deze BVBA haar werkelijke zetel naar Nederland verplaatst zal het Belgische vennootschapsrecht de BVBA niet meer erkennen waardoor de vennootschap naar Belgisch recht vanaf het moment van de verplaatsing van de activiteiten naar Nederland ophoudt te bestaan. Desondanks mag het Nederlandse vennootschapsrecht geen reïncorporatie van de onderneming eisen gezien de door het HvJ EG opgelegde erkenningsplicht. Het is dus de vraag of België een in België opgerichte BVBA zal blijven erkennen na oprichting door deze BVBA van een Nederlands filiaal waar feitelijk alle ondernemingsactiviteiten worden verricht. Dit zou immers gekwalificeerd kunnen worden als een verplaatsing van de werkelijke zetel. Desondanks zal dit in de praktijk geen problemen hoeven op te leveren daar het leerstuk van renvoi (herverwijzing) uitkomst kan bieden. Conform het Belgische internationale privaatrecht worden rechtspersonen weliswaar beheerst door het recht van de lidstaat waar de rechtspersoon de voornaamste vestiging heeft, maar indien buitenlands recht verwijst naar het recht van de staat van oprichting, dan is laatstgenoemd recht toepasselijk.<sup>34</sup> De vennootschap houdt derhalve niet op te bestaan.<sup>35</sup> In de bovengeschetste casus zou Belgisch recht dus toepasselijk kunnen zijn vanwege de door Nederland aangehangen incorporatieler.<sup>36</sup>

Een tweede voorbeeld van een land dat de werkelijke zetelleer aanhangt is Duitsland. Desalniettemin geldt in Duitsland door inwerkingtreding van de MoMiG<sup>37</sup> in 2008 dat Duitse kapitaalvennootschappen hun werkelijke zetel in het buitenland mogen vestigen, aangezien de eis is komen te vervallen dat de statutaire zetel moet overeenkomen met de werkelijke zetel. Concreet houdt dit in dat het mogelijk is dat de statutaire zetel in Duitsland ligt terwijl het bestuurscentrum in Nederland gevestigd is en dat de activiteiten van de kapitaalvennootschap in Nederland worden verricht.<sup>38</sup>

Samengevat kan de verplaatsing van de werkelijke zetel tot vier situaties leiden, welke in tabel 4 schematisch zijn weergegeven.<sup>39</sup>

C-167/01 (*Inspire Art*), NJ 2004, r.o. 132 en 133 en G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 5.

29. Zie voor een heldere bespreking van het arrest de noot van J.N. Schutte-Veenstra in *Ondernemingsrecht* 2009-2, p. 105 e.v.; W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen', *TvOB* 2009-1 en S.F.G. Rammeloo, 'Vrij verkeer van rechtspersonen in Europa: een stap achterwaarts?', *TvOB* 2009-3.

30. Zie de noot van J.N. Schutte-Veenstra in *Ondernemingsrecht* 2009-2, HvJ EG 16 december 2008, nr. C-210/06 (m.nt. J.N. Schutte-Veenstra), p. 105 e.v.

31. Art. 110 Wetboek IPR.

32. Art. 112 Wetboek IPR.

33. Art. 4 lid 3 Wetboek IPR.

34. Art. 110 Wetboek IPR (Wet houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht).

35. Raad van State 29 juni 1987, *T.R.V.* 1988, p. 110, noot K. Lenaerts; E. Wymeersch, 'The Transfer of the Company's Seat in European Company Law', *ECGI Law Working Paper* no. 08/2003, maart 2003, p. 15.

36. Bovendien kent het Nederlandse recht geen regeling voor de omzetting van een buitenlandse vennootschap of rechtspersoon in een Nederlandse rechtsvorm, waardoor een dergelijke (inbound) grensoverschrijdende omzetting naar huidig Nederlands recht niet mogelijk is. Zie in gelijke zin W.J.M. van Veen, 'Europeesrechtelijke perikelen', *TvOB* 2009-1, p. 25.

37. Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), in werking getreden op 1 november 2008.

38. P. Kindler, 'Internationales Gesellschaftsrecht 2009: MoMiG, Trabrennbahn, Cartesio und die Folgen', *IPRax* 2009, p. 198.

39. Deze vier situaties zijn ontleend aan P. Vlas, 'Mobiliteit van vennootschappen: worsteling met zetels', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 531-541.



Tabel 4: Gevolgen van verplaatsing van de werkelijke zetel

	naar land met incorporatieleer	naar land met werkelijke zetelleer
van land met incorporatieleer	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vennootschap blijft conform het recht van de lidstaat van oprichting onderworpen aan dat recht</li> <li>o Lidstaat van oprichting mag belemmeringen opwerpen voor de verplaatsing van de werkelijke zetel (conform <i>Daily Mail</i>-arrest)</li> <li>– Conform het recht van de lidstaat van vestiging is het recht van de lidstaat van oprichting toepasselijk</li> <li>o Lidstaat van vestiging mag niet zomaar aanvullende verplichtingen opleggen aan de vennootschap (<i>Inspire Art</i>-arrest)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vennootschap blijft conform het recht van de lidstaat van oprichting onderworpen aan dat recht</li> <li>o Lidstaat van oprichting mag belemmeringen opwerpen voor de verplaatsing van de werkelijke zetel (conform <i>Daily Mail</i>-arrest)</li> <li>– Lidstaat van vestiging mag eigen recht niet toepassen op de vennootschap (conform <i>Überseering</i>-arrest)<sup>40</sup></li> </ul>
van land met werkelijke zetelleer	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vennootschap houdt op te bestaan conform het recht van de lidstaat van oprichting (er zijn uitzonderingen, zie p. 103)<sup>41</sup></li> <li>– Conform het recht van de lidstaat van vestiging blijft de vennootschap onderworpen aan het recht van de lidstaat van oprichting</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vennootschap houdt op te bestaan conform het recht van de lidstaat van oprichting</li> <li>– Lidstaat van vestiging mag eigen recht niet toepassen op de vennootschap (conform <i>Überseering</i>-arrest)</li> </ul>

#### 4. De BV en het equivalent in omringende landen

Het bovenstaande laat zien dat de BV de in Nederland meest gebruikte (kapitaal)vennootschap is en het HvJ EG de mogelijkheid heeft gecreëerd om gebruik te maken van de rechtsvormen van andere EU-lidstaten. Derhalve dient zich de vraag aan in hoeverre Nederlandse ondernemers gebaat kunnen zijn bij gebruik van deze buitenlandse rechtsvormen. In dit artikel zal een overzicht worden geboden van een aantal voorname overeenkomsten en verschillen tussen de BV en verscheidene alternatieven die de ons omringende landen bieden. Het onderzoek richt zich op de Belgische BVBA, de Britse Ltd. en de Duitse GmbH. De aspecten die aan bod komen zijn (1) oprichtingsdocumenten; (2) crediteurenbescherming (inclusief minimumkapitaalvereisten) en (3) geschiloplossing. Per onderwerp wordt eerst het huidige Nederlandse recht behandeld evenals de relevante bepalingen uit het wetsvoorstel Flex-BV, ook al is de datum van inwerkingtreding nog onzeker. Vervolgens wordt aangegeven in hoeverre de regelingen in de genoemde ons omringende landen hiervan afwijken.

##### 4.1. Vennootschapsrechtelijke oprichtingsdocumenten

Het bezit van rechtspersoonlijkheid wordt van oudsher beschouwd als een privilege dat de bevoegde overheid kan toekennen aan ondernemers die op haar grondgebied ondernemingsactiviteiten (willen) ontplooiën. Het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid is daardoor afhankelijk gemaakt van het voldoen aan een aantal oprichtingsformaliteiten. De Nederlandse BV wordt door een of meer personen opgericht bij notariële akte, die de statuten van de vennootschap bevat.<sup>42</sup> Daarnaast is voor oprichting een verklaring vereist waarin de Minister van Justitie aangeeft dat hem van geen bezwaren tegen de oprichting is gebleken (de verklaring van geen bezwaar).<sup>43</sup> Deze vorm van preventief toezicht zal binnenkort worden vervangen door een systeem van doorlopende controle van rechtspersonen om misbruik te voorkomen en te bestrijden en zodoende het vertrouwen in het handelsverkeer te bevorderen.<sup>44</sup> Hierbij zal de verklaring van geen

40. P. Vlas geeft hierbij aan dat het *Cartesio*-arrest ertoe leidt dat indien de vennootschap na verplaatsing voldoet aan de eisen van het vennootschapsrecht van het land van vestiging en haar statuten naar dat recht aanpast, de vennootschap wordt beheerst door het recht van het land van vestiging en niet meer door het recht van het land van oprichting. Zie P. Vlas, 'Mobiliteit van vennootschappen: worsteling met zetels', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 531-541, i.h.b. p. 539.

41. P. Vlas geeft hierbij aan dat het *Cartesio*-arrest ertoe leidt dat indien de vennootschap na verplaatsing voldoet aan de eisen van het vennootschapsrecht van het land van vestiging en haar statuten naar dat recht aanpast, de ontbinding en vereffening conform het recht van de lidstaat van oprichting niet geoorloofd is. Dat neemt niet weg dat de vennootschap haar statuten niet kan aanpassen aan het vennootschapsrecht van het land van vestiging met toepassing van het recht van het land van oprichting. Zie P. Vlas, 'Mobiliteit van vennootschappen: worsteling met zetels', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 531-541, i.h.b. p. 540. Een Belgische vennootschap lijkt dus via deze weg geen Nederlandse vennootschap te kunnen worden zonder ontbinding en vereffening.

42. Zie art. 2:175 lid 2 en art. 2:177 lid 1 BW.

43. Zie art. 2:175 lid 2 BW.

44. Hiervoor zal de Wet documentatie vennootschappen worden uitgebreid voor wat betreft de controle en de kring van rechtspersonen waarop deze betrekking heeft. De citeertitel van deze wet wordt gewijzigd in: Wet controle op rechtspersonen. Waar het huidige preven-

bezwaar worden geschrapt.<sup>45</sup> Naast de verklaring van geen bezwaar en de notariële akte is voor de oprichting een bankverklaring verplicht (waar het gaat om inbreng in geld) en/of een accountantsverklaring (waar het gaat om inbreng anders dan in geld). Dit punt komt in paragraaf 4.2 nader aan de orde. Behalve deze drie vennootschapsrechtelijke oprichtingsvereisten rust op de bestuurders de verplichting de vennootschap te doen inschrijven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en bij de belastingdienst. Tevens dienen zij bepaalde stukken neer te leggen ten kantore van het handelsregister en opgeve te doen van bepaalde kosten die met de oprichting verband houden en ten laste van de vennootschap komen.<sup>46</sup> Uiteraard zijn er nog bijkomstige vereisten voortvloeiend uit bijvoorbeeld de Handelsnaamwet.

De Belgische BVBA (in het Franstalige deel van België Société privée à responsabilité limitée (SPRL) genoemd) wordt opgericht bij authentieke akte,<sup>47</sup> een document dat is opgemaakt door een openbaar ambtenaar, in de regel een notaris.<sup>48</sup> Een afschrift van de authentieke akte moet worden neergelegd ter griffie van de rechtbank van koophandel<sup>49</sup> en de vennootschap moet worden ingeschreven in het rechtspersonenregister welke onderdeel vormt van de Kruispuntbank van Ondernemingen.<sup>50</sup> Een belangrijk verschil ten opzichte van de Nederlandse BV is dat de oprichters voorafgaand aan de oprichting aan de notaris een financieel plan moeten overhandigen, dat dient ter verantwoording van het bedrag van het maatschappelijk kapitaal van de op te richten vennootschap. Het financieel plan moet rekening houden met de omvang en aard van de op te richten vennootschap.<sup>51</sup> Dit plan wordt door de notaris bewaard maar wordt niet openbaar gemaakt met de akte.<sup>52</sup> Het Belgische vennootschapsrecht biedt sinds 1 juni 2010<sup>53</sup> de mogelijkheid om in de aanloop naar een BVBA een lichtere uitvoering van de BVBA, de BVBA Starter op te richten. De BVBA Starter is dus geen nieuwe zelfstandige vennootschapsvorm. De genoemde verlichting van het BVBA-regime zit in de minimumkapitaaleis welke in paragraaf 4.3 wordt behandeld. Een belangrijke bijkomstigheid voor de BVBA Starter is dat het financieel plan aan zwaardere vereisten moet voldoen.

Zo moet het plan de volgende onderdelen bevatten: (1) een beschrijving van de op te starten BVBA Starter, (2) een geprojecteerde balans, (3) een geprojecteerde resultatenrekening en (4) een geprojecteerde vermogensstromentabel. Tevens moet de oprichter zich bij het opstellen van het financieel plan laten bijstaan door een erkende instelling of organisatie of door een erkende boekhouder, een externe accountant of een bedrijfsrevisor.<sup>54</sup>

Duitsland kent sinds 1892 de GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung). Op 29 mei 2006 is een ontwerp voor de herziening van het GmbH-recht voorgesteld welke per 1 november 2008 in werking is getreden. Het betreft hier het Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), oftewel de wet ter modernisering van het GmbH-recht en ter bestrijding van misbruik. Het nieuwe GmbH-recht kent twee varianten: de klassieke GmbH en de Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oftewel UG (waar *haftungsbeschränkt* achter vermeld moet worden ter aanduiding van de beperkte aansprakelijkheid).<sup>55</sup> Beide varianten kennen een beperkte aansprakelijkheid. De UG is geen nieuwe zelfstandige vennootschapsvorm, maar een modaliteit van de GmbH. Dit lijkt dus overeen te komen met de recent ingevoerde BVBA Starter in België al verschillen deze modaliteiten op een aantal punten. Voor het oprichten van een GmbH zijn een aantal oprichtingsvereisten van belang. Ten eerste moeten de statuten en de akte van oprichting notariel bekrachtigd worden. Daarna dient een bankrekening geopend te worden. Dit geldt tevens in andere landen, maar verdient hier aandacht aangezien sommige Duitse banken een vertaling eisen van de Nederlandse statuten, wat extra tijd en geld kan gaan kosten. Vervolgens moeten de statuten ingediend worden bij het handelsregister van het lokale gerechtshof waar de vennootschap zijn zetel heeft.<sup>56</sup> Overige vereisten schrijven onder andere een controle van de naam van de vennootschap voor alsmede dat de vennootschap zich moet registreren bij de beroepsorganisatie en de belastingdienst.

tieve toezicht is gekoppeld aan een aantal formele handelingen, zoals oprichting of statutenwijziging – terwijl misbruik juist zal kunnen plaatsvinden bij het daadwerkelijk uitoefenen van (ondernemings)activiteiten – komt het nieuwe toezicht neer op een vorm van controle gedurende de levensloop van rechtspersonen. Onder de nieuwe systematiek zal efficiënter gebruik worden gemaakt van reeds bij de overheid bekende persoonsgegevens, (historische) bedrijfsgegevens, justitiële en strafvorderlijke gegevens, belastinggegevens en UWV-gegevens die in samenhang gepresenteerd worden om na te gaan of aan bepaalde risicoprofielen wordt voldaan, waarna in voorkomende gevallen een risicomelding wordt afgegeven aan één of meer handhavers. Deze handhavers gebruiken de gegevens voor het voorkomen en bestrijden van misbruik van rechtspersonen. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 948, nr. A (door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel) en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 948, nr. 3 (memorie van toelichting).

45. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 948, nr. A, p. 2.

46. Art 2:180 BW.

47. Art. 66 Wetboek van Vennootschappen (hierna: W.Venn.).

48. Ook een rechter is een openbaar ambtenaar.

49. Art. 67 lid 1 W.Venn. De rechtbank van koophandel van het rechtsgebied waarbinnen de vennootschap haar zetel heeft.

50. Art. 67 lid 2 en 3 W.Venn.

51. Kh. Brugge 3 december 1992, *T.B.B.R.* 1992, 192. Zie hierover C.F. Van der Elst, 'De "Limited" als Concurrerende Vennootschapsvorm: het Belgische Perspectief', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 497-506.

52. Art. 215 W.Venn.

53. Op 31 mei 2010 werd het Koninklijk Besluit van 27 mei 2010 ter uitvoering van de S-BVBA in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd. Dit besluit stelt de datum van inwerkingtreding van de nieuwe BVBA Starter op 1 juni 2010.

54. Art. 215 W.Venn.

55. Art. 5a GmbH.

56. Art. 7 GmbH.

De Britse Ltd. wordt opgericht doordat een of meer personen hun naam onder de akte van oprichting zetten en aan een aantal registratievereisten voldoen.<sup>57</sup> De akte van oprichting moet vijf elementen bevatten: de naam, het doel, de statutaire zetel, de aansprakelijkheid en het kapitaal. Bij deze akte van oprichting moeten de statuten gevoegd worden die inzicht geven in de interne managementstructuur van de onderneming. De vorm van de statuten wordt gegeven door de *Companies Act 2006 Model Articles* die op 1 oktober 2009 in werking is getreden.<sup>58</sup> Bijlage 1 geeft een voorbeeld voor de statuten van een Ltd. Deze *Model Articles* zijn te downloaden van de website van het Britse *Companies House*.<sup>59</sup> Onder de bovengenoemde registratievereisten valt de eis dat de akte van oprichting samen met een registratieaanvraag en een verklaring van naleving neergelegd wordt in het handelsregister (*the Registrar of Companies at the Companies House*).<sup>60</sup> In deze verklaring van naleving delen de oprichters mede dat de vereisten betreffende de registratie zijn nageleefd. De inhoud van de registratieaanvraag wordt verder uitgewerkt in art. 9 van de *Companies Act 2006*. Om te voldoen aan de vereisten van dat artikel dient een formulier – *Form IN01 (Application to register a company)* – te worden ingevuld.<sup>61</sup> Bij de inschrijving in het handelsregister krijgt de vennootschap een certificaat dat de onderneming is opgericht.<sup>62</sup> Uiteraard gelden ook voor de Ltd. aanvullende vereisten zoals het aanvragen van een aansprakelijkheidsverzekering voor werknemers, het registreren van de vennootschap ten behoeve van belastingen en het controleren van de naam van de vennootschap in een online database welke toegankelijk is op de website van het Britse *Companies House*.<sup>63</sup>

#### 4.2. Crediteurenbescherming

Het feit dat crediteuren zich als hoofdregel niet kunnen verhalen op de aandeelhouders en bestuurders van de vennootschap, maar uitsluitend op het vermogen van de rechtspersoon zelf, wordt veelal in verband gebracht met het (veronderstelde) belang van de daadwerkelijke inbreng van vermogen in de vennootschap en het in stand houden van dat vermogen als verhaalsobject voor de vennootschapscrediteuren. Deze wettelijk verplichte inbreng neemt niet weg dat een onderneming om te kunnen ondernemen (doorgaans) kapitaal ter beschikking zal moeten

hebben. De omvang en aard van de activiteiten van de vennootschap die wordt opgericht alsmede de vereisten van kredietverschaffers zoals banken zullen feitelijk de hoogte van het benodigde kapitaal om te kunnen ondernemen bepalen.<sup>64</sup> Het benodigde kapitaal kan het wettelijk verplichte minimumkapitaal overstijgen. Tevens is een positief bijeffect van het inbrengen van kapitaal dat het een signaal van vertrouwen in de eigen onderneming afgeeft aan derden zoals leveranciers en kredietverschaffers.

Om het belang van een verhaalsobject te waarborgen kent de Nederlandse BV thans een wettelijk stelsel van kapitaalbescherming ten behoeve van de vennootschapscrediteuren. Als onderdeel hiervan is bij oprichting voor inbreng in geld in art. 2:203a BW een bankverklaring verplicht gesteld en dient voor inbreng anders dan in geld volgens art. 2:204a BW een accountantsverklaring te worden afgelegd over een door de oprichters gemaakte beschrijving van het ingebrachte. Het vennootschapskapitaal moet in de statuten van de BV worden vastgelegd, zodat duidelijk is voor welk bedrag de BV aandelen kan uitgeven. Dit maatschappelijk kapitaal bedraagt op last van de wetgever ter bescherming van vennootschapscrediteuren minimaal EUR 18 000. Voor dit minimumkapitaal dienen ook daadwerkelijk aandelen te worden uitgegeven (geplaatst kapitaal) en ook dient voor minimaal dit bedrag op aandelen te worden gestort (gestort kapitaal).<sup>65</sup> Daarnaast bepaalt de wet dat van het maatschappelijk kapitaal ten minste een vijfde deel dient te zijn geplaatst.<sup>66</sup> Verzuim van deze regels resulteert in hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap.<sup>67</sup> Zowel de hiervoor genoemde bank- en accountantsverklaring (inbreng van vermogen) als het minimumkapitaal (in stand houden van het vermogen) maken deel uit van het stelsel van kapitaalbescherming. In het wetsvoorstel Flex-BV wordt dit stelsel vervangen door een ander stelsel van crediteurenbescherming. Zo wordt art. 2:203a BW (bankverklaring) geheel geschrapt en wordt art. 2:204a BW zodanig gewijzigd dat over de gemaakte beschrijving van het (anders dan in geld) ingebrachte geen accountantsverklaring hoeft te worden afgelegd, maar volstaat het ter inzage leggen van een beschrijving van het ingebrachte door de vennootschap.<sup>68</sup> Het meest opvallende element is wel dat het vereiste minimumkapitaal wordt afge-

57. Art. 7 Companies Act 2006.

58. Zie art. 8 Companies Act 2006 en the Companies (Model Articles) Regulations 2008/3229. Deze *Model Articles* vervangen Table A van de Companies Regulations 1985.

59. Zie de website <www.companieshouse.gov.uk>.

60. Art. 9 Companies Act 2006.

61. Te downloaden van de website: <www.companieshouse.gov.uk/forms/generalForms/IN01\_application\_to\_register\_a\_company.pdf>.

62. Art. 15 Companies Act 2006.

63. Doing Business UK 2010. Zie tevens de Company and Business Names (Miscellaneous Provisions) Regulations 2009 No. 1085 welke op 1 oktober 2009 in werking is getreden.

64. Zie in dit verband tevens het in België wettelijk verplichte financieel plan, beschreven in paragraaf 4.1.

65. Art. 2:178 lid 1 en 2 BW.

66. Art. 2:178 lid 4 BW. Feitelijk betekent dit dat in de statuten een hoger maatschappelijk kapitaal (EUR 90 000) kan worden opgenomen dan het minimum van EUR 18 000 wat praktisch is om mee te nemen in de statuten bij oprichting omdat voor elke latere verhoging van het maatschappelijk kapitaal een statutenwijziging vereist is.

67. Art. 2:180 lid 2 onder b en c BW. Bij het nemen van een aandeel geldt o.g.v. art. 2:191 lid 1 BW als hoofdregel dat de gehele nominale waarde op het aandeel dient te worden gestort. Bedongen kan worden dat een deel, ten hoogste drie vierden, van het nominale bedrag pas hoeft te worden gestort nadat de vennootschap het heeft opgevraagd.

68. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A, p. 10.

schaft.<sup>69</sup> Als reden voor deze afschaffing noemt de wetgever onder meer dat daarmee wordt tegemoetgekomen aan de kritiek dat het minimumkapitaal geen adequate bescherming voor crediteuren biedt en dat een bedrag van EUR 18 000 bij veel ondernemingen niet in verhouding staat tot de omvang van de bedrijfsactiviteiten. Ook is aandacht besteed aan de omringende landen in het kader van de concurrentiestrijd rondom ondernemingsvormen. In een aantal lidstaten kunnen vennootschappen zonder of met een veel lager minimumkapitaal worden opgericht.<sup>70</sup> Het alternatieve stelsel van crediteurenbescherming leunt sterk op een aangescherpte uitkeringsregeling met een uitkeringstest, waarbij het aan het bestuur is om te beoordelen of de vennootschap na het doen van de uitkering aan de aandeelhouders nog zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden aan de vennootschapscrediteuren.<sup>71</sup> Op het eerste gezicht lijkt de nadruk dus te worden verlegd van het inbrengen van vermogen naar het in stand houden van het vermogen van de vennootschap. Ter verwezenlijking van dit voor-nemen wordt een nieuw art. 2:216 BW voorgesteld welke een uitkeringstest voor de uitkering van vermogen aan aandeelhouders bevat in samenhang met aansprakelijkheidssancties voor bestuurders en onder omstandigheden een terugbetalingsplicht voor aandeelhouders.<sup>72</sup> De in de memorie van toelichting voorgespiegelde overgang van het ene stelsel van crediteurenbescherming naar het andere<sup>73</sup> dient echter tegen de achtergrond geplaatst te worden van het feit dat uit de opzet van het Nederlandse privaatrecht en vennootschapsrecht al voortvloeit dat bestuurders van een kapitaalvennootschap namens de vennootschap geen verplichtingen mogen aangaan indien zij weten of redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de vennootschap de aangegane verplichting niet of niet binnen een redelijke termijn zal kunnen nakomen en geen verhaal biedt voor de schade ten gevolge van die wanprestatie. Naar deze in de jurisprudentie geformuleerde regel wordt veelal verwezen als de 'Beklamel'-norm.<sup>74</sup>

Evenals de Nederlandse BV kent de Belgische BVBA een minimumkapitaalvereiste, namelijk EUR 18 550. Bij oprichting hoeft echter slechts EUR 6200 te worden gestort. Dit ligt anders voor een eenmans-BVBA, waarvoor een storting van EUR 12 400 is vereist.<sup>75</sup> In beide situaties zijn de vennoten wel hoofdelijk gehouden tegenover belanghebbenden voor het verschil tussen de storting en het minimumkapitaal van EUR 18 550.<sup>76</sup> Overeenkomstig het Nederlandse BV-recht kent het Belgische BVBA-recht de mogelijkheid tot inbreng in natura, oftewel inbreng anders dan in geld, zolang het geen verplichtingen tot het verrichten van werk of diensten betreft. Voorafgaand aan de oprichting dienen de oprichters een bedrijfsrevisor in te schakelen voor het opstellen van een verslag met daarin een beschrijving van elke inbreng in natura en de toegepaste waarderingsmethoden.<sup>77</sup> Zoals hierboven aangegeven kent de BVBA Starter een verlichting van de minimumkapitaaleis. In het geval van een BVBA Starter mag het maatschappelijk kapitaal namelijk EUR 1 bedragen. De BVBA Starter kent wel een zwaardere verplichte vorming van een wettelijke reserve. Elk jaar moet ten minste een vierde van de nettowinst van de vennootschap worden ingehouden ten gunste van een reservefonds totdat het verschil tussen het feitelijk geplaatste kapitaal en het minimumkapitaal van EUR 18 550 is opgeheven.<sup>78</sup> De verlichting van de minimumkapitaaleis geldt overigens slechts voor een periode van vijf jaar (of tot het moment dat de vennootschap een equivalent van vijf voltijdse werknemers heeft) omdat de vennootschap dan het maatschappelijk kapitaal moet verhogen naar EUR 18 550 met een volstorting van EUR 6200. Op het hiervoor omschreven moment verliest de BVBA Starter het statuut van *starter*. Tevens kent de BVBA Starter gedurende de eerste drie jaren overeenkomstig de BVBA een oprichtersaansprakelijkheid, waardoor de schuldeisers de mogelijkheid tot verhaal in geval van faillissement gedurende de eerste drie jaren behouden.<sup>79</sup> De crediteurenbescherming gaat bij de BVBA Starter een stap verder daar de vennoten na de zojuist vermelde drie jaar – gerekend vanaf de oprichting – hoofdelijk gehouden zijn ten opzichte van be-

69. Aangezien er na invoering van het wetsvoorstel geen verplicht maatschappelijk kapitaal meer bestaat, vervalt ook de regel dat een deel daarvan (thans ten minste een vijfde deel) dient te worden geplaatst. Zie het voorgestelde art. 2:178 lid 1 BW (nieuw).

70. *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 26-27.

71. Zie het voorgestelde art. 2:216 BW (nieuw).

72. Het voorgestelde art. 2:216 BW – dat de spil van de nieuwe regeling vormt – heeft de gemoederen tijdens de gehele parlementaire behandeling voortdurend beziggehouden. De oorspronkelijk voorgestelde bestuurdersaansprakelijkheid van het voorgestelde art. 2:216 BW is eerst aangepast, daarna afgeschaft en uiteindelijk tóch in het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel terechtgekomen. De terugbetalingsplicht voor ontvangers van uitkeringen is via eenzelfde weg uiteindelijk ook in het aangenomen wetsvoorstel terechtgekomen. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het nut en de wenselijkheid van het opnemen van de bestuurdersaansprakelijkheid en voorwaardelijke terugbetalingsverplichting voor aandeelhouders in het vernieuwde art. 2:216 BW. Voor een grondige analyse – onder verwijzing naar de jurisprudentie over onrechtmatige daad – van de in het voorstel opgenomen bestuurdersaansprakelijkheid en terugbetalingsverplichtingen zie J. Barneveld, 'Flexibele regels inzake uitkeringen', *WPNR* 2009-6809, p. 693-701. Voor een duidelijk overzicht van de verschillende meningen in de literatuur zie A.E.C. de Savornin Lohman, 'Struisvogelpolitiek bij het wetsvoorstel flexibilisering BV-recht', *V&O* 2009-7/8, p. 141-145.

73. Zie *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 25.

74. Zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (*Beklamel*). Deze norm is onder meer herhaald in HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (*Romme/Bakker*).

75. Art. 214 en 223 W.Venn. Zie tevens art. 212 W.Venn. voor nadere consequenties.

76. Art. 229 W.Venn.

77. Art. 218 en 219 W.Venn.

78. Art. 319bis W.Venn. Voor de BVBA geldt dat een bedrag van ten minste een twintigste van de nettowinst voor de vorming van een reservefonds moet worden ingehouden totdat het reservefonds een tiende van het maatschappelijk kapitaal heeft bereikt. Zie art. 319 W.Venn.

79. Art. 229 lid 5 W.Venn. Zie hierover C.F. Van der Elst, 'De "Limited" als Concurrende Vennootschapsvorm: het Belgische Perspectief', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 497-506.

langhebbenden voor het verschil tussen het minimumkapitaal van EUR 18 550 en het feitelijk geplaatste kapitaal.<sup>80</sup>

In tegenstelling tot de BV en BVBA is de Britse Ltd. op te richten met GBP 1. In de Britse jurisprudentie is als rechtsbeginsel erkend dat bestuurders van een insolvente onderneming rekening moeten houden met de belangen van crediteuren en ook kent de Britse insolventiewetgeving naast het strafrechtelijk gesanctioneerde *fraud* – het opzettelijk benadelen van crediteuren of het nastreven van andere frauduleuze doelen<sup>81</sup> – het leerstuk ‘wrongful trading’ dat vanaf het moment waarop de vennootschap afstevent op insolventie in feite een zorgplicht van bestuurders creëert ten opzichte van de vennootschapscrediteuren.<sup>82</sup> Dit beginsel werpt zijn schaduw vooruit op de gedragsnormen waaraan bestuurders zich moeten houden als de vennootschap nog financieel gezond is. De zorgplicht ten opzichte van crediteuren heeft onder andere zijn neerslag gekregen in de op bestuurders rustende plicht ‘to promote the success of the company’ die wordt ingevuld door de zorgplicht die bestuurders hebben ten opzichte van crediteuren zodra de vennootschap in financieel noodweer komt te verkeren.<sup>83</sup>

Het Duitse GmbH-recht bevat overeenkomstig het Nederlandse en Belgische vennootschapsrecht een minimumkapitaalvereiste. Het minimumkapitaal bedraagt EUR 25 000 en op elk aandeel moet een kwart van de nominale waarde gestort zijn. Het gestorte bedrag tezamen met de waarde van eventuele stortingen in natura moet bij oprichting minimaal de helft bedragen van het minimumkapitaal van EUR 25 000. Aldus moet het feitelijk gestorte bedrag in geld en natura een waarde van EUR 12 500 vertegenwoordigen. Deze eis van storting is een voorwaarde voor inschrijving in het handelsregister.<sup>84</sup> Zoals eerder in de tekst al is aangegeven, kent het Duitse vennootschapsrecht naast de GmbH ook een mini-GmbH, de UG (haftungsbeschränkt). Deze UG (haftungsbeschränkt) heeft een minimumkapitaal van minder dan EUR 25 000, wat feitelijk betekent dat het kapitaal ieder bedrag van EUR 1 tot EUR 24 999 kan bedragen. Voor inschrijving van de UG (haftungsbeschränkt) in het handelsregister is het nodig dat dit minimumkapitaal geheel is volgestort. Inbreng anders dan in geld is hierbij niet toegestaan. Ook kent de UG (haftungsbeschränkt) een wettelijk verplichte reservering van 25% van de jaarlijkse nettowinst. De verplichting voor een reservefonds en de verplichting voor volstorting van het minimumkapitaal houden op te

bestaan wanneer de onderneming haar minimumkapitaal verhoogt tot een bedrag gelijk aan of boven de minimumkapitaaleis voor een GmbH van EUR 25 000.<sup>85</sup> De ondernemingsvorm UG (haftungsbeschränkt) mag behouden blijven. Het is niet gezegd dat de UG haar reservefonds zal willen laten toenemen. Vooral bij kleine ondernemingen met slechts één aandeelhouder die tevens directeur is, kan deze persoon het meest gebaat zijn bij het ontvangen van een hoog salaris in plaats van de onderneming winst te laten behalen.<sup>86</sup> In tegenstelling tot de Belgische BVBA Starter die enkel vijf jaar mag bestaan, kent de UG (haftungsbeschränkt) geen beperking in tijd en zullen enkele wellicht nooit omgezet worden in een GmbH.

#### 4.3. Geschiloplossing

Zoals gezegd kenmerkt de BV zich door een beslotenheid die bij haar introductie in 1971 onder andere gestalte heeft gekregen door een wettelijke beperking van verhandelbaarheid van aandelen: de blokkeringsregeling van art. 2:195 BW.<sup>87</sup> Onder de huidige wettelijke regeling kan een aandeelhouder zijn aandelen vrijelijk overdragen aan een beperkte kring van aanverwante personen, een medeaandeelhouder en de vennootschap. Van deze hoofdregel kan in de statuten worden afgeweken. Voor andere overdrachten dienen de statuten te bepalen dat een in de statuten aangeduid orgaan (normaal gesproken de algemene vergadering van aandeelhouders) voor overdracht goedkeuring dient te verlenen (goedkeuringsregeling) dan wel dat aandelen eerst aan medeaandeelhouders moeten worden aangeboden (aanbiedingsregeling).<sup>88</sup> Hoewel beperking van de overdraagbaarheid van aandelen niet zodanig kan geschieden, dat die overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt, heeft de Hoge Raad een combinatie van beide blokkeringsregelingen toegestaan.<sup>89</sup> In het wetsvoorstel Flex-BV zal de plicht tot het opnemen van een blokkeringsregeling komen te vervallen. Doordat de statuten onder de nieuwe wetgeving zullen kunnen bepalen dat er geen beperkingen zijn voor de overdraagbaarheid van aandelen ontstaat er zo een ruimere mate van vrijheid om het besloten karakter en de onderlinge verhoudingen naar eigen inzicht vorm te geven. Volgens de wetgever blijft het uitgangspunt van besloten verhoudingen binnen de BV onder het nieuwe recht gehandhaafd door het wettelijk uitgangspunt van een aanbiedingsregeling, de verplichte opnaamstelling van aandelen en het bijhouden van een aandeelhoudersregister.<sup>90</sup>

80. Art. 214 W.Venn.

81. Zie Section 993 Companies Act 2006.

82. Deze zorgplicht is neergelegd in Section 214 van de Insolvency Act 1986. Zie P.L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (8th ed.), Sweet & Maxwell: London 2008, p. 520 e.v.

83. Zie Section 172(1) Companies Act 2006 en P.L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (8th ed.), Sweet & Maxwell: London 2008, p. 520.

84. Art. 5 en 7 GmbH.

85. Art. 5a GmbH.

86. C. Teichmann, ‘Modernizing the GmbH: Germany’s Move in Regulatory Competition’, *European Company Law*, (7) 2010-1, p. 20-24, i.h.b. p. 22.

87. Zie voor een beschouwing over de totstandkoming van het BV-recht M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (Pitlo Deel 2), Deventer: Kluwer 2006, p. 167-172.

88. Zie art. 2:195 lid 4 en 5 BW.

89. Zie art. 2:195 lid 8 BW en HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (*Van den Berge/Verenigde Bootlieden BV*).

90. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 20.

Zoals gezegd kan deze beslotenheid leiden tot *deadlock*-situaties, waarvoor de wettelijke geschillenregeling in Titel 2.8.1 BW uitkomst tracht te bieden.<sup>91</sup> Een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen kunnen in het belang van de vennootschap vorderen dat een aandeelhouder die het belang van de vennootschap schaadt zijn aandelen aan hem/hen overdraagt (uitstootregeling).<sup>92</sup> Daarnaast kan een beklemd aandeelhouder vorderen dat zijn aandelen door een of meer zich misdragende aandeelhouders worden overgenomen (uittreedrecht).<sup>93</sup> Blijkens art. 2:336 lid 3 BW zijn de gewone rechter (van de woonplaats van de vennootschap) in eerste aanleg en de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (hierna: Ondernemingskamer) in hoger beroep bevoegd kennis te nemen van de vordering.

De gronden waarop aandeelhouders kunnen worden uitgestoten – ‘de gedragingen van de aandeelhouder schaden het belang van de vennootschap zodanig dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’<sup>94</sup> – en kunnen uittreden – ‘door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders wordt de (vorderende) aandeelhouder zodanig in zijn rechten of belangen geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geleverd’<sup>95</sup> – worden als te beperkt aangemerkt, omdat deze te eng zijn geformuleerd en alleen gedragingen die als aandeelhouder zijn verricht, kunnen leiden tot vervulling van het criterium.<sup>96</sup> Bulten en Norbruis hebben voorstellen gedaan tot vervanging van dit criterium door de norm van redelijkheid en billijkheid.<sup>97</sup>

Een tweede aandachtspunt van de huidige regeling is de lange duur van de procedure. Indien de rechter een vordering toewijst, benoemt de rechter een of meer deskundigen die over de prijs schriftelijk bericht moeten uitbrengen.<sup>98</sup> De lange duur van de procedure wordt geweten aan het feit dat de procedure is ingekleed als een dagvaardingsprocedure en aan het aantal feitelijke instanties.<sup>99</sup>

In het wetsvoorstel Flex-BV wordt aandeelhouders de mogelijkheid geboden om in de statuten of in een overeenkomst te bepalen dat partijen hun geschillen direct kunnen voorleggen aan de Ondernemingskamer.<sup>100</sup> Tevens wordt in de voorgestelde aangepaste regeling meer gewicht toegekend aan de vrijheid van aandeelhouders om hun verhouding in de statuten of overeenkomst naar eigen inzicht in te richten wat betreft de vaststelling van de waarde van de aandelen.<sup>101</sup> Ook voorziet het wetsvoorstel in de invoering van een bijzondere verzoekschriftprocedure die uitsluitend is gericht op vaststelling van de prijs van de aandelen in gevallen waarin over de uittreding van een aandeelhouder reeds overeenstemming bestaat met een of meer medeaandeelhouders of de vennootschap. Wegens het beperkte doel van de procedure en de gewenste snelheid, staan tegen het oordeel van de rechter geen rechtsmiddelen open.<sup>102</sup>

Gelet op het belang van een efficiënte methode voor conflictbeslechting tussen aandeelhouders voor de Nederlandse concurrentiepositie op de markt voor (besloten) rechtsvormen, zou naast de voorstellen tot aanpassing van de wettelijke geschillenregeling tevens aandacht besteed moeten worden aan de thans niet bestaande mogelijkheid voor de rechter om, indien partijen niet tot overeenstemming kunnen komen wie de onderneming voortzet in geval van onoverbrugbare verschillen van inzicht c.q. het wegvallen van het voor de samenwerking vereiste vertrouwen, in billijkheid te beslissen wie van hen de onderneming zal voortzetten.<sup>103</sup>

België kent een goed functionerende geschillenregeling die bestaat uit een uitsluitings- en uittredingsregeling. De uitsluitingsregeling is beschikbaar voor aandeelhouders die (alleen of gezamenlijk) 30% vertegenwoordigen van de stemmen verbonden aan het geheel van de bestaande effecten, of aandelen waarvan de nominale waarde of fractiewaarde 30% van het kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigt. Veroordeling tot overdracht van aandelen aan de eiser kan plaatsvinden op basis van het crite-

91. Bij de bespreking van een vergelijking tussen de verschillende geschillenregelingen zal o.a. de peildatum voor de vaststelling van de waarde van de aandelen buiten beschouwing worden gelaten, omdat deze ingewikkelde problematiek het bestek van deze bijdrage te buiten gaat.

92. Art. 2:336 BW.

93. Art. 2:343 BW. Van de in art. 2:342 BW geregelde vordering tot overgang van stemrecht is nog nooit gebruik gemaakt en deze wordt daarom buiten beschouwing gelaten.

94. Art. 2:336 BW.

95. Art. 2:343 BW.

96. OK 27 oktober 1994, NJ 1996, 167 (*Muller/Muts*) en OK 10 april 2003, JOR 2003, 144 (*Hoffmann/Hoffmann*).

97. C.D.J. Bulten, ‘Herziening van de geschillenregeling: een grondige verbouwing of een likje verf?’, WPNR 2005-6605, par. 2.1 en R.W.Th. Norbruis, ‘Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling’, *Ondernemingsrecht* 2005-13, par. 3.

98. Art. 2:339 lid 1 BW.

99. Voor een kritische bespreking van de voorgestelde geschillenregeling en voorstellen om deze verder te verbeteren zie J.C. Schouten, ‘Het empirisch onderzoek naar het enquêterecht en de toekomst van de geschillenregeling’, *Ondernemingsrecht* 2009-13, nr. 126, p. 528-532.

100. Zie art. 2:337 lid 2 BW (nieuw). Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A, p. 22, 23.

101. Zie art. 2:339 lid 2 BW (nieuw). Met bepalingen in de statuten of overeenkomst omtrent de waardebepaling van aandelen, houdt de rechter geen rekening voor zover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden. Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A, p. 23, 24.

102. Zie het voorgestelde art. 2:343c BW (nieuw). Zie *Kamerstukken I* 2009/10, 31 058, nr. A, p. 26, 27 en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 112-114.

103. Zie G.J.H. van der Sangen, ‘Bescherming van minderheidsaandeelhouders bij de flex-BV’, *TvOB* 2008-1, p. 6 e.v. waarin verschillende mogelijkheden worden aangereikt om tot een dergelijke regeling te komen. Gerelateerd aan deze problematiek is de onder huidige recht bestaande onmogelijkheid voor de in een BV samenwerkende partners om de samenwerking op te zeggen, zoals dit bij personenvennootschappen (na invoering van wetsvoorstel 28 746 (Personenvennootschap) ook met rechtspersoonlijkheid) wel mogelijk is. Zie hierover L.L.M. Prinsen, ‘Rechtspersoonlijkheid openbare personenvennootschappen, gevolgen voor de vennootschapsrechtelijke uitvoeringspraktijk’, *TvOB* 2008-5, p. 118-130 waarin wordt aangetoond dat rechtspersoonlijkheid en opzegging elkaar principieel niet uitsluiten.

rium *gegronde redenen*, dat breder is dan het Nederlandse criterium. In de Belgische literatuur zijn drie categorieën van gegronde redenen geformuleerd: (1) misbruik van de positie als (meerderheids- of minderheids)aandeelhouder, (2) een ernstige tekortkoming van een aandeelhouder, waaronder deloyale concurrentie en (3) duurzame en ernstige onenigheid.<sup>104</sup> In het kader van de uittredingsregeling kan iedere aandeelhouder om gegronde redenen in rechte vorderen dat zijn aandelen worden overgenomen door de vennoten op wie deze gegronde redenen betrekking hebben.<sup>105</sup> Beide vorderingen worden ingesteld bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel (binnen het arrondissement waar de vennootschap is gevestigd) en beide procedures zijn ingericht als dagvaardingsprocedure.<sup>106</sup> In geval van zowel de uitsluitings- als uittredingsregeling is de beslissing van de rechter uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande verzet of hoger beroep.<sup>107</sup> Net als in de Nederlandse procedure beslist de rechter allereerst over de vraag of de vordering toewijsbaar is. Als dit is vastgesteld kan de rechter voor de bepaling van de prijs van de over te dragen aandelen een beroep doen op een door hem aan te stellen deskundige. Hij is echter niet gebonden door het advies van de deskundige. Dit is louter indicatief.<sup>108</sup>

Het Verenigd Koninkrijk kent ook een wettelijke geschillenregeling, de *unfair prejudice proceedings*. Onder deze regeling kan een aandeelhouder<sup>109</sup> van de vennootschap de rechtbank verzoeken een voorziening te treffen op de grond dat (a) de ondernemingsactiviteiten worden of zijn gevoerd op een wijze die onredelijk nadelig is voor de belangen van aandeelhouders in het algemeen of een aantal aandeelhouders (ten minste inclusief de verzoeker), of (b) dat een verricht of voorgesteld doen of nalaten van de vennootschap (inclusief een doen of nalaten in haar naam) onredelijk nadelig is of zou zijn voor de belangen van aandeelhouders in het algemeen of een aantal aandeelhouders (ten minste inclusief de verzoeker).<sup>110</sup> Als de rechtbank het ingediende verzoek gegrond acht, mag zij de voorzieningen treffen die zij in het licht van de onderliggende procedure geschikt en geboden acht om een

oplossing te bieden. Hiermee beschikt de rechtbank over een ruime mate van discretie om te doen wat gelet op alle omstandigheden van het geval redelijk en billijk is om de ontstane situatie te verhelpen en in de toekomst te voorkomen.<sup>111</sup> Zonder de rechtbank in haar discretionaire bevoegdheid te beperken, somt de Companies Act 2006 vijf voorzieningen op die de rechtbank kan treffen, waaronder het voorzien in de overgang van de aandelen van een of meer bepaalde aandeelhouder(s) naar andere aandeelhouders of de vennootschap zelf (in welk geval deze aandelen zullen worden ingetrokken). Als de relatie tussen de aandeelhouders ernstig verstoord is, zal deze voorziening in veruit de meeste gevallen de beste waarborgen bieden voor wegneming en voorkoming van de onredelijke benadeling waaronder de verzoeker lijdt of heeft geleden.<sup>112</sup> Verzoeken om overneming van aandelen worden in de regel vaker ingediend door minderheidsdan door meerderheidsaandeelhouders.<sup>113</sup>

Anders dan de hiervoor behandelde landen, voorziet het Duitse vennootschapsrecht niet in een wettelijke geschillenregeling. Partijen kunnen zelf in hun statuten voorzien in geschillenregelingen. Wel heeft de Duitse rechter zelfs in zaken waar deze regelingen ontbraken een overdracht van aandelen bevolen.<sup>114</sup>

## 5. Wat biedt de Europese BV?

Hoewel het aan nationale wetgevers is voorbehouden hun nationale vennootschapsrecht in te kleden, mag dit nationale recht niet in strijd komen met Europese verordeningen en mag het geen belemmering vormen voor de in het EG-Verdrag neergelegde beginselen en vrijheden. Dat geldt dus ook voor de vrijheid van vestiging van art. 49 en 54 Verdrag van Lissabon (oude art. 43 en 48 EG-Verdrag). De besproken rechtspraak van het HvJ EG over deze verdragsvrijheden, maakt inzichtelijk dat ondernemers een bepaalde mate van vrijheid kennen om het voor hen gunstigste vennootschapsrecht te kiezen voor hun onderneming. De keuze kan beïnvloed worden door een scala aan factoren die al dan niet gelegen zijn in het

104. Volgens C.D.J. Bulten, 'Herziening van de geschillenregeling: een grondige verbouwing of een likje verf?', *WPNR* 2005-6605, par. 2.1.

105. Zie art. 334 en 340 W.Venn.

106. Zie art. 335 W.Venn.

107. Zie art. 338 en 341 W.Venn.

108. Zie de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel waarnaar verwezen wordt door D. van Genderen, 'Kroniek vennootschapsrecht 2006-2007', *T.R.V.* 2007-6, p. 442.

109. De Companies Act 2006 spreekt over *members*. Bij vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (limited company) is het lidmaatschap – uitzonderingen daargelaten – gebaseerd op aandelenbezit. Zie D. French, S. Mayson & C. Ryan, *Company Law* (26th ed.), Oxford: Oxford University Press 2009, p. 372. Naast de *members* staat de procedure ook open voor personen aan wie aandelen in de vennootschap zijn overgedragen op grond van een wettelijke regeling. Zie section 994(2) Companies Act 2006.

110. In section 994(1) van de Companies Act 2006 staat letterlijk het volgende: '(a) that the company's affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or (b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial'.

111. Zie Section 996(1) Companies Act 2006 en V. Joffe, D. Drake, G. Richardson & D. Lightman, *Minority Shareholders: Law, Practice, and Procedure* (3rd ed.), Oxford: Oxford University Press 2008, p. 275.

112. V. Joffe, D. Drake, G. Richardson & D. Lightman, *Minority Shareholders: Law, Practice, and Procedure* (3rd ed.), Oxford: Oxford University Press 2008, p. 282.

113. Hoewel de Companies Act 2006 meerderheidsaandeelhouders toestaat een vordering in te dienen, worden deze slechts onder uitzonderlijke omstandigheden toegewezen. Dit laat zich verklaren door de aanname dat de zeggenschapspositie van meerderheidsaandeelhouders hen over het algemeen in staat stelt zelf een einde te maken aan de ontstane situatie. Zie hierover V. Joffe, D. Drake, G. Richardson & D. Lightman, *Minority Shareholders: Law, Practice, and Procedure* (3rd ed.), Oxford: Oxford University Press 2008, p. 195-196.

114. H.-J. de Kluiver & J. Roest, 'Expulsion and Withdrawal of Shareholders', in: D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), *The European Private Company (SPE)*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 67.

vennootschapsrecht, waaronder fiscale aspecten, oprichtingsvereisten, kosten van instandhouding en aansprakelijkheidsrisico's. Zoals hiervoor aangegeven, werd in de *Daily Mail*-zaak gerefereerd aan toekomstige wetgeving of overeenkomsten om tot communautaire regels over zetelverplaatsing te komen. De Veertiende Richtlijn (ziende op grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing) laat nog op zich wachten.<sup>115</sup> Na de introductie van de Europese NV (*Societas Europaea*) in 2001 en de Europese Coöperatieve Vennootschap (*Societas Cooperativa Europaea*) in 2003 – waarmee een gekunstelde grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing kan worden bewerkstelligd<sup>116</sup> – heeft de Europese Commissie op 25 juni 2008 een voorstel voor een verordening ingediend om te komen tot een Europese besloten vennootschap (*Societas Privata Europaea*; hierna: SPE).<sup>117</sup>

De motivatie om te komen tot een gemeenschapsrechtelijke rechtsvorm voor besloten vennootschappen die naast nationale rechtsvormen zal bestaan, is gelegen in de constatering dat hoewel binnen de Europese Unie 99% van de bedrijven bestaat uit MKB-ondernemingen, slechts 8% van deze bedrijven betrokken is bij grensoverschrijdende handel en slechts 5% van de bedrijven buitenlandse dochterondernemingen of joint ventures heeft.<sup>118</sup> Het is de intentie van de Europese Commissie om voor MKB-ondernemingen de toegang tot de interne markt te verbeteren door aan dit type ondernemingen een instrument ter beschikking te stellen, waarmee zij hun activiteiten makkelijker naar andere lidstaten kunnen uitbreiden. Dit beoogt zij te bewerkstelligen door het MKB binnen de Europese Unie een eenvormige rechtsvorm ter hand te stellen die rechtszekerheid biedt, maar tegelijkertijd ook voldoende flexibel is. Het harmoniseren van de meest essentiële voorschriften van het BV-recht van de lidstaten zou tot een 'aanzienlijke en wellicht onevenredige inmening in de wetgeving van de lidstaten' leiden, terwijl het tot stand brengen van een puur Europese rechtsvorm de nationale wetgevingen nagenoeg ongemoeid laat.<sup>119</sup>

Uiteraard zal de aantrekkelijkheid van de SPE afhankelijk zijn van de inrichting en organisatie, maar ook van het imago van de rechtsvorm. Wat de inrichting en organisatie betreft is er in de praktijk behoefte aan een flexibele en

eenvoudige rechtsvorm. Een bijkomende vraag is in hoeverre aanpalende vennootschapsrechtelijke onderwerpen – waaronder arbeidsrecht, faillissementsrecht, procesrecht en fiscaliteit – een plaats verdienen in het statuut van de SPE. Dit leidt tot een tweestrijd. Om redenen van flexibiliteit en eenvoud zou een beperkte opzet van het statuut van de SPE de voorkeur genieten, terwijl de uniformiteit wellicht vraagt om een breder opgezette regeling, waarin meer aanverwante onderwerpen (geheel of gedeeltelijk) zijn geregeld.<sup>120</sup> Bovenstaande gaat nog voorbij aan de vraag in hoeverre de SPE ook in zuiver nationale verhoudingen een aanwinst zou kunnen zijn voor het keuzemenu aan rechtsvormen. In paragraaf 6 zal daarop worden teruggekomen. Twijfelachtig is in hoeverre bij de lidstaten de politieke wil aanwezig is om een nieuwe speler (oftewel een concurrent) toegang te verlenen tot de markt voor rechtsvormen.

Inmiddels heeft het Europees Parlement op 10 maart 2009 over het voorstel van de Europese Commissie om te komen tot een SPE een wetgevingsresolutie aangenomen, waarin zij een geamendeerde versie van het voorstel van de Europese Commissie heeft goedgekeurd.<sup>121</sup> Ook heeft de Raad van de Europese Unie op 27 november 2009 een herzien compromisvoorstel voor de SPE uitgegeven.<sup>122</sup> Hierna zal het door de Europese Commissie ingediende voorstel voor een verordening om te komen tot een SPE (SPE-verordening) op hoofdlijnen worden besproken, waarbij de door het Europees Parlement aangenomen wetgevingsresolutie en het compromisvoorstel van de Raad van de Europese Unie zijdelings aan bod komen.

### 5.1. Kenmerken en oprichting van de SPE

De kenmerken die de SPE-verordening dwingend voor de SPE voorschrijft zijn – kort weergegeven – de volgende: (a) een in aandelen verdeeld kapitaal, (b) beperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders, (c) bezit van rechtspersoonlijkheid, (d) aandelen zullen niet aan het publiek worden aangeboden of publiek verhandeld worden, en (e) oprichting door een of meer natuurlijk perso-

115. De Europese Commissie heeft in haar mededeling van 25 oktober 2007 (Bulletin EU 10-2007, The internal market (11/12)) aangegeven de Veertiende Richtlijn aan te houden in afwachting van het oordeel in de *Cartesio*-zaak. Daarnaast wordt aangevoerd dat op basis van de hiervoor besproken jurisprudentie van het HvJ EG statutaire zetelverplaatsing feitelijk kan worden bewerkt door gebruikmaking van een grensoverschrijdende juridische fusie. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitive law-making binnen de EU', *TvOB* 2008-4.

116. Zie hierover T.M.C. Arons, 'Is er na het verwachte oordeel in de *Cartesio*-zaak nog behoefte aan een veertiende vennootschapsrichtlijn? Een mogelijke afronding van het Europese vennootschapsrecht', *TvOB* 2008-4.

117. Commissie van de Europese Gemeenschappen, 'Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap', COM(2008) 396 definitief, Brussel 25 juni 2008 (hierna: SPE-verordening).

118. SPE-verordening, p. 2.

119. SPE-verordening, p. 2-4.

120. Zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on business organizations', in: M. Tison e.a. (red.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 18-42 waarin vanuit efficiency-overwegingen wordt gepleit voor een op zichzelf staand SPE-statuuut waarin – anders dan in de SE-Verordening – geen verwijzingen naar nationaal recht voorkomen en zonder aanvullende vereisten van de lidstaten (p. 33-34).

121. Europees Parlement, 'Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 over het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap', (COM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS)), (2010/C 87 E/46), 1 april 2009 (hierna: wetgevingsresolutie EP).

122. Zie het herziene compromisvoorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap van het Voorzitterschap van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2009, 2008/0130 (CNS) (hierna: compromisvoorstel Raad).



nen en/of rechtspersonen.<sup>123</sup> Het Europees Parlement is van mening dat het EG-recht (subsidiariteitsbeginsel) vereist dat de SPE een grensoverschrijdende dimensie kent, die kan blijken uit één van de volgende criteria: (i) de bedoeling om grensoverschrijdende handel te voeren of de verwezenlijking van een grensoverschrijdend vennootschappelijk doel, (ii) haar doelstelling om significante activiteiten te ontplooiën in meer dan één lidstaat, (iii) vestigingen hebben in verschillende lidstaten, dan wel (iv) een moedermaatschappij in een andere lidstaat.<sup>124</sup> Aangezien het Europees Parlement van mening is dat deze grensoverschrijdende dimensie geen hindernis mag vormen voor het oprichten van een SPE, stelt hij voor dat 'de lidstaten, onverminderd de registratievereisten, binnen twee jaar na registratie een controle achteraf verrichten om na te gaan of de SPE de vereiste grensoverschrijdende dimensie heeft'.<sup>125</sup>

De SPE zal allereerst worden geregeerd door de direct werkende dwingendrechtelijke bepalingen van de SPE-verordening. Een voorbeeld daarvan is de bepaling dat het bestuur van de SPE een aandelenregister moet bijhouden met daarin de namen, adressen en andere gegevens van de aandeelhouders.<sup>126</sup> Daarnaast dienen de in bijlage I van de SPE-verordening aangeduide onderwerpen – die merendeels samenhangen met de interne organisatie – in de statuten van de SPE te worden betrokken. Het nationale ondernemingsrecht is alleen relevant voor zover het gaat om onderwerpen die niet in de verordening zelf en bijlage I daarvan worden genoemd.<sup>127</sup> De Raad stelt in zijn compromisvoorstel voor dat het nationale ondernemingsrecht ook relevant is voor zover de in bijlage I ge-

noemde onderwerpen niet in de statuten zijn geregeld.<sup>128</sup> Lidstaten dienen toe te staan dat een SPE op een van de volgende wijzen kan worden opgericht: door (1) oprichting van een SPE in overeenstemming met de SPE-verordening, (2) omzetting van een bestaande vennootschap (niet leidend tot ontbinding van de betrokken vennootschap, noch tot verlies of onderbreking van haar rechtspersoonlijkheid), (3) fusie van bestaande vennootschappen en (4) splitsing van een bestaande vennootschap.<sup>129</sup> De SPE heeft haar statutaire zetel en hoofdvestiging in de EU, maar uitdrukkelijk niet verplicht in dezelfde lidstaat.<sup>130</sup> In de lidstaat waar de SPE haar statutaire zetel heeft dient zij zich in te schrijven in het nationale handelsregister. Anders dan bijvoorbeeld in Nederland het geval is, verkrijgt de SPE pas rechtspersoonlijkheid met ingang van de datum waarop zij in het handelsregister is ingeschreven. De inschrijving is dus een oprichtingshandeling. In geval van ontstaan van een SPE door respectievelijk fusie door overneming of splitsing door overneming, neemt de overnemende respectievelijk ontvangende vennootschap de vorm van een SPE aan met ingang van de dag waarop de fusie in het handelsregister is ingeschreven.<sup>131</sup> De oprichtende aandeelhouders dienen ter oprichting van de SPE een verzoek om inschrijving in het handelsregister in te dienen. Dit verzoek mag langs elektronische weg worden ingediend.<sup>132</sup> Bij een verzoek om inschrijving van een SPE in het register mogen lidstaten uitsluitend de in de SPE-verordening genoemde stukken en gegevens verlangen,<sup>133</sup> welke dienen te worden verstrekt in de taal die bij het toepasselijke nationale recht is voorgeschreven. De registratie mag alleen worden onderworpen aan controle door een administratieve of ge-

123. Zie art. 3 SPE-verordening.

124. Zie M.J.G.C. Raaijmakers, 'The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on business organizations', in: M. Tison e.a. (red.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 34 waarin stelling wordt genomen tegen een verplicht internationaal karakter van de SPE, zoals de SE dit wel kent, omdat dit de geschiktheid van de SPE onnodig zou beperken en voorkomen moet worden dat oprichters komen tot het optuigen van gekunstelde 'formeel' grensoverschrijdende constructies.

125. Zie amendementen 1 en 70 wetgevingsresolutie EP. De vraag dringt zich op welke administratieve lasten een dergelijke controle met zich zal brengen en hoe dit de aantrekkelijkheid van de SPE zal beïnvloeden. In haar toelichting bij de SPE-verordening merkt de Commissie al op dat het stellen van de eis dat er van een grensoverschrijdend aspect sprake moet zijn het potentieel van de SPE aanzienlijk zou verminderen, aangezien ondernemers in de praktijk doorgaans een bedrijf in hun eigen lidstaat oprichten alvorens hun activiteiten naar andere landen uit te breiden. De Commissie merkt bovendien op dat een dergelijke eis eenvoudig kan worden omzeild en het controleren en doen naleven ervan een onredelijke belasting voor de lidstaten met zich zou brengen. Zie SPE-verordening, p. 3.

126. Zie art. 15 SPE-verordening.

127. Zie art. 4 SPE-verordening. Voor een overzicht van onderwerpen waarbij de verordening uitdrukkelijk naar de nationale wetgeving van de lidstaten verwijst, zie S.F.G. Rammeloo, 'Matters related to Private International Law', in: D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), *The European Private Company (SPE)*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 35.

128. Zie art. 4 lid 3 compromisvoorstel Raad. In de SPE-verordening zijn de gevolgen van een eventuele tekortkoming in de statuten van de SPE niet geregeld. Onduidelijk is bijvoorbeeld of de SPE moet worden geacht te zijn opgericht als aan de statuten gebreken kleven. Zie hierover D.F.M.M. Zaman & M.S. Koppert-van Beek, 'Formation', in: D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), *The European Private Company (SPE)*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 50. Het hierboven genoemde artikel van het compromisvoorstel van de Raad kan hier wellicht uitkomst bieden.

129. Zie art. 5 SPE-verordening.

130. Zie art. 7 SPE-verordening.

131. Zie art. 9 SPE-verordening.

132. Zie art. 10 lid 1 SPE-verordening.

133. In art. 10 lid 2 SPE-verordening zijn de volgende gegevens opgesomd: a) de naam van de SPE en het adres van haar statutaire zetel; b) de naam, het adres en alle andere informatie die noodzakelijk is voor de identificatie van de personen die gemachtigd zijn om de SPE bij transacties met derden en bij gerechtelijke procedures te vertegenwoordigen, of die deelnemen aan het bestuur van, dan wel het toezicht of de controle op de SPE; c) het maatschappelijk kapitaal van de SPE; d) de categorieën aandelen en het aantal aandelen van elke categorie; e) het totale aantal aandelen; f) de nominale waarde of fractiewaarde van de aandelen; g) de statuten van de SPE; h) ingeval de SPE is opgericht door omzetting, fusie of splitsing van vennootschappen, het besluit tot omzetting, fusie of splitsing dat tot de oprichting van de SPE heeft geleid. De onder b) genoemde groep personen kan erg breed worden uitgelegd, waardoor bijvoorbeeld ook managers die geen deel uitmaken van het bestuur moeten worden geregistreerd. Het geniet de voorkeur om alleen de namen en adresgegevens van bestuurders en procuratiehouders te registreren. Zie voor meer informatie hierover D.F.M.M. Zaman & M.S. Koppert-van Beek, 'Formation', in: D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), *The European Private Company (SPE)*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 52.

rechtelijke instantie op de wettigheid van de stukken en gegevens van de SPE alsook op de waarmerking van de stukken en gegevens van de SPE. Daarnaast dient de SPE wijzigingen in de verstrekte gegevens binnen twee weken aan het handelsregister door te geven en zal de SPE na een statutenwijziging de volledig bijgewerkte tekst van de gewijzigde statuten aan het handelsregister moeten doen toekomen. Ook dient de inschrijving van een SPE in het handelsregister openbaar te worden gemaakt.<sup>134</sup> Mocht in naam van een nog niet opgerichte SPE een rechtshandeling worden verricht, dan kan de SPE deze na haar oprichting bekrachtigen. Rechtshandelingen die de SPE niet bekrachtigt blijven voor rekening van de verrichters daarvan.<sup>135</sup>

## 5.2. Crediteurenbescherming

Conform de voorgestelde SPE-verordening heeft de SPE een minimumkapitaal van EUR 1. De SPE mag op voorstel van het bestuur een uitkering aan aandeelhouders doen, op voorwaarde dat na het doen van de uitkering de activa van de SPE haar verplichtingen volledig dekken (balanstest).<sup>136</sup> Daarnaast bevat het commissievoorstel een optionele liquiditeitstest, die inhoudt dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur vóór het doen van een uitkering een verklaring ondertekent (solvabiliteitsattest genoemd) waarin wordt bevestigd dat de SPE in staat zal zijn al haar schulden in het kader van de gewone bedrijfsuitoefening te betalen die binnen een jaar na de datum van uitkering vervallen.<sup>137</sup> Deze verklaring dient aan de aandeelhouders te worden verstrekt, voordat de algemene vergadering van aandeelhouders bij (in de statuten voorgeschreven) meerderheid besluiten neemt over het doen van uitkeringen aan aandeelhouders.<sup>138</sup> In zijn wetgevingsresolutie verbindt het Europees Parlement aan een minimumkapitaal van EUR 1 de voorwaarde van het van toepassing zijn van de liquiditeitstest.<sup>139</sup> Het Europees Parlement stelt voor om het voorstel zodanig aan te passen dat wanneer de statuten geen liquiditeitstest voorschrijven, het kapitaal van de SPE ten minste EUR 8000 moet bedragen.<sup>140</sup> In het compromisvoorstel van de Raad van de Europese Unie is voorgesteld om het minimumkapitaal te houden op EUR 1, maar te bepalen dat de lidstaten

een hoger minimumkapitaal kunnen voorschrijven voor SPE's die in hun lidstaat zijn geregistreerd voor zover dit een bedrag van EUR 8000 niet te boven gaat.<sup>141</sup>

Zoals kenmerkend is voor een besloten kapitaalvennootschap, heeft de SPE een in aandelen verdeeld kapitaal.<sup>142</sup> In de statuten dient te zijn neergelegd wat het aanvangskapitaal van de SPE is en welke geldelijke en niet-geldelijke rechten en verplichtingen er aan de (categorieën) aandelen verbonden zijn.<sup>143</sup> Het kapitaal van de SPE moet volledig worden geplaatst, maar de aandelen hoeven niet volledig te worden volgestort bij de uitgifte.<sup>144</sup> Aandeelhouders die in strijd met de SPE-verordening of de statuten<sup>145</sup> uitkeringen hebben ontvangen zijn verplicht deze aan de vennootschap te retourneren indien de SPE bewijst dat de aandeelhouder wist of in het licht van de omstandigheden op de hoogte had moeten zijn van de onregelmatigheden.<sup>146</sup> De SPE-verordening regelt de verhouding tussen inbreng in geld en in natura niet. Wel schrijft de SPE-verordening voor dat de statuten van de SPE moeten voorzien in regels over de inbreng in natura.<sup>147</sup>

## 5.3. Geschiloplossing

Conform de voorgestelde SPE-verordening kunnen de statuten bepalingen bevatten over (een beperking van) de verhandelbaarheid van de aandelen van de SPE. De beslissing van de algemene vergadering van aandeelhouders om dergelijke bepalingen te introduceren mogen alleen worden genomen met instemming van alle aandeelhouders die door de beperking of het verbod worden geraakt.<sup>148</sup> Waar de statuten de overdraagbaarheid van aandelen beperken of verbieden, dienen deze de details te bevatten van de beperking of verboden, met name de vorm, tijdslimiet, van toepassing zijnde procedure, en de regels die van toepassing zijn in geval van dood of ontbinding van een aandeelhouder. Waar de goedkeuring voor de aandelenoverdracht door de SPE of door de aandeelhouders is vereist of andere rechten aan aandeelhouders of de SPE zijn toegekend (zoals het voorkeursrecht) dienen de statuten te voorzien in een uiterste termijn voor waarbinnen de verwervende partij op de hoogte dient te worden gebracht van de beslissing.<sup>149</sup>

134. Zie art. 10 SPE-verordening.

135. Zie art. 12 SPE-verordening.

136. Art. 21 lid 1 SPE-verordening.

137. Art. 21 lid 2 SPE-verordening.

138. Zie art. 27 lid 1 onder e SPE-verordening.

139. Zie amendement 33 (over aanpassing van art. 19(4)) wetgevingsresolutie EP.

140. Zie amendement 33 (over aanpassing van art. 19(4)) wetgevingsresolutie EP.

141. Zie compromisvoorstel Raad, art. 19, p. 31.

142. Art. 3 lid 1 onder a SPE-verordening.

143. Art. 8 lid 1 SPE-verordening jo. bijlage I bij de SPE-verordening onder Hoofdstuk III – Aandelen, gedachtestreepjes 2-4.

144. Zie art. 19 SPE-verordening. Op grond van art. 8 lid 1 SPE-statuut jo. bijlage I bij de SPE-verordening onder Hoofdstuk IV – Kapitaal, gedachtestreepje 4 dienen de statuten bepalingen te bevatten over het tijdstip waarop de storting of verstrekking van de inbreng moet plaatsvinden en de eventuele voorwaarden die aan de betrokken storting of verstrekking verbonden zijn.

145. Op grond van art. 8 lid 1 SPE-verordening jo. bijlage I bij de SPE-verordening onder Hoofdstuk IV – Kapitaal, gedachtestreepje 2 dienen de statuten te bepalen of de SPE verplicht is reserves te vormen en zo ja, het type reserve, de omstandigheden waarin de reserve moet worden gevormd en of zij uitkeerbaar is.

146. Zie art. 22 SPE-verordening.

147. Zie art. 20 SPE-verordening jo. art. 8 lid 1 SPE-verordening jo. bijlage I bij de SPE-verordening onder Hoofdstuk IV – Kapitaal, gedachtestreepjes 3 en 4.

148. Zie art. 16 SPE-verordening.

149. Zie bijlage I bij de SPE-verordening onder Hoofdstuk III – Aandelen, gedachtestreepjes 7 en 8.

De wettelijk verplichte geschillenregelingen voor de nationale vennootschappen van de lidstaten zijn niet beschikbaar voor aandeelhouders van de SPE. De SPE-verordening voorziet zelf in een uitsluitings- en uittrederegeling, welke eventueel aangevuld kan worden in de statuten.<sup>150</sup>

De regeling in de SPE-verordening tot uitsluiting ziet er als volgt uit. De algemene vergadering van aandeelhouders heeft de mogelijkheid om met een gekwalificeerde meerderheid van ten minste twee derden van de stemmen een besluit te nemen namens de SPE om de bevoegde rechter te verzoeken om de uitsluiting te bevelen van een aandeelhouder indien deze het belang van de SPE ernstig heeft geschaad, of indien het voortduren van zijn aandeelhouderschap van de SPE nadelig is voor de goede werking van de SPE. De vordering in rechte hiertoe dient uiterlijk zestig kalenderdagen na het nemen van het aandeelhoudersbesluit te worden ingesteld. De rechter kan besluiten bij wijze van voorlopige maatregel het stemrecht of andere niet-geldelijke rechten van de betrokken aandeelhouder te schorsen totdat een definitieve beslissing is getroffen. Indien de rechter de uitsluiting van een aandeelhouder beveelt, beslist hij of de aandelen van de betrokken aandeelhouder door de overige aandeelhouders en/of door de SPE zelf moeten worden overgenomen, en over de betaling van de prijs van de aandelen.<sup>151</sup>

De tweede regeling betreft de uittreding van een aandeelhouder. Aandeelhouders hebben het recht zich als aandeelhouder uit de SPE terug te trekken indien de activiteiten van de SPE zodanig worden of zijn uitgeoefend dat de belangen van de aandeelhouder ernstig zijn geschaad als gevolg van een of meer van de volgende – limitatief opgesomde – gebeurtenissen: (a) de SPE heeft een aanzienlijk deel van haar vermogensbestanddelen verloren, (b) de statutaire zetel van de SPE is naar een andere lidstaat verplaatst, (c) de activiteiten van de SPE hebben ingrijpende wijzigingen ondergaan, of (d) er is gedurende ten minste drie jaar geen dividend uitgekeerd, hoewel de financiële situatie van de SPE een dergelijke uitkering zou hebben gerechtigd. Het Europees Parlement heeft voorgesteld dit criterium op twee belangrijke punten te wijzigen. Ten eerste heeft hij het criterium ‘ernstige schade’ laten vervallen, waardoor de genoemde vier gronden altijd een uittreding rechtvaardigen.<sup>152</sup> Ten tweede heeft hij voorgesteld te bepalen dat de statuten van de SPE in aanvullende uittredingsgronden kunnen voorzien.<sup>153</sup> Een opmerkelijk verschil met de geschillenregelingen van bijvoorbeeld Nederland, België en het Verenigd Koninkrijk – waar aandeelhouders indien is voldaan aan de daarvoor in de wet genoemde voorwaarden direct bij de bevoegde rechter een uittreedvordering kunnen instellen – is dat de aandeelhouder van de SPE

zijn met redenen omklede kennisgeving van uittreding aan de SPE moet doen toekomen, waarna de aandeelhouders op verzoek van het bestuur met een gekwalificeerde meerderheid van ten minste twee derden<sup>154</sup> onverwijld een besluit nemen over de overname van de aandelen van de betrokken aandeelhouder door de overige aandeelhouders of door de SPE zelf. Bij een geschil over de prijs van de aandelen wordt de waarde ervan vastgesteld door een door de partijen – of bij gebreke van onderlinge overeenstemming, door de bevoegde rechter of administratieve instantie – aangewezen onafhankelijke deskundige. Uiterlijk zestig dagen na het genoemde besluit van de aandeelhouders, ofwel indien binnen een termijn van dertig kalenderdagen na de indiening door de betrokken aandeelhouder van de kennisgeving van uittreding bij de SPE geen besluit is genomen uiterlijk zestig kalenderdagen na het verstrijken van deze termijn, kan de bevoegde rechter op vordering van de beklende aandeelhouder bevelen dat zijn aandelen door de overige aandeelhouders of door de SPE zelf moeten worden overgenomen en dat de prijs van de aandelen moet worden betaald.<sup>155</sup> De rechter kan hiertoe enkel besluiten indien hij van mening is dat de belangen van de betrokken aandeelhouder ernstig zijn geschaad. Uit de bewoording van de bepalingen uit de SPE-verordening is niet af te leiden of de rechter voor de bepaling van de prijs van de aandelen een onafhankelijke deskundige dient in te schakelen of zelf de prijs dient vast te stellen. Het feit dat allereerst in de algemene vergadering van aandeelhouders met gekwalificeerde meerderheid moet worden gestemd over een kennisgeving van uittreding roept de vraag op of onder de in de SPE-verordening opgenomen uittreedvordering beklende minderheidsaandeelhouders voldoende bescherming genieten. Vanuit het oogpunt van de bescherming van minderheidsaandeelhouders zou het daarom wellicht de voorkeur genieten de SPE-verordening zo aan te passen dat het mogelijk wordt om gebruik te maken van nationale geschillenregelingen, bijvoorbeeld van de lidstaat waar de SPE haar statutaire zetel heeft, in plaats van de bovengenoemde regelingen van de voorgestelde SPE-verordening.<sup>156</sup> Vanuit het oogpunt van de uniformiteit verdient het echter de voorkeur zo veel mogelijk zaken in de SPE-verordening zelf te regelen.

In het compromisvoorstel van de Raad van de Europese Unie zijn zowel de uitsluitings- als uittrederegeling geschrapt. Nавolging van het voorstel om deze regelingen te schrappen zou gelet op art. 4 van de SPE-verordening betekenen dat uitsluiting en uittreding van aandeelhouders aangelegenheden worden die niet in de SPE-verordening zijn geregeld en dus onder het recht vallen van de lidstaat waar de SPE haar statutaire zetel heeft, zodat de

150. Zie bijlage I bij de SPE-verordening onder Hoofdstuk III – Aandelen, gedachtestreepjes 12 en 13.

151. Zie art. 17 SPE-verordening.

152. Zie over de (on)wenselijkheid van dit voorstel H.-J. de Kluiver, ‘Expulsion and Withdrawal of Shareholders’, in: D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), *The European Private Company (SPE)*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 74.

153. Zie amendement 30 (over aanpassing van art. 18 lid 1) wetgevingsresolutie EP.

154. In de statuten van de SPE dient de van toepassing zijnde gekwalificeerde meerderheid te zijn omschreven. Deze bedraagt ten minste twee derden van de totale stemrechten die aan de door de SPE uitgegeven aandelen zijn verbonden. Zie art. 27 lid 1 onder c jo. lid 2 SPE-verordening.

155. Zie art. 18 lid 6 SPE-verordening.

156. Zie in gelijke zin H.-J. de Kluiver, ‘Expulsion and Withdrawal of Shareholders’, in: D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), *The European Private Company (SPE)*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 79.

Tabel 5: Minimumkapitaalvereisten en kosten van oprichting besloten vennootschap<sup>157</sup>

	Minimumkapitaal	Oprichtingskosten	Opstartdagen	Aantal procedures
NL BV	18 000	2054,10	10	6
NL Flex-BV	1			
BE BVBA	18 550	1681,70	4	3
BE S-BVBA	1			
DU GmbH	25 000	1448,50	16-20	9
DU UG	1			
VK Ltd.	£ 1	£ 170	8-13	6

ationale geschillenregelingen gelden. Een door de aandeelhouders opgestelde eigen geschillenregeling zou echter de voorkeur genieten boven een verplichte geschillenregeling. In een dergelijke eigen geschillenregeling kan immers rekening worden gehouden met de specifieke verhouding die de samenwerking kenmerkt door bepalingen op te nemen ter voorkoming en oplossing van specifieke conflicten en ter beëindiging van de samenwerking indien het onderling vertrouwen en committent zijn verdwenen.<sup>158</sup> Voor de situatie dat partijen (bewust of onbewust) hebben afgezien van het opnemen van een eigen regeling verdient het aanbeveling dat de verordening een minimale standaardregeling bevat waarop in dat geval kan worden teruggevallen. Deze standaardregeling kan gebaseerd zijn op een reeds bestaande nationale geschillenregeling.

## 6. Concurrentiepositie Nederlandse BV

In voorgaande paragrafen is uiteengezet dat de BV in Nederland de meest gebruikte (kapitaal)vennootschap is en hoe het HvJ EG de mogelijkheid heeft gecreëerd om gebruik te maken van de rechtsvormen van andere EU-lidstaten. Ook zijn een aantal overeenkomsten en verschillen tussen de Nederlandse BV en flex-BV, de Belgische BVBA en S-BVBA, de Duitse GmbH en UG (haftungsbeschränkt) en de Britse Ltd. besproken waar het gaat om de oprichtingsdocumenten, crediteurenbescherming (inclusief minimumkapitaalvereisten) en geschiloplossing. Tevens is aandacht besteed aan het voorstel van de Europese Commissie om te komen tot een verordening voor een Europese BV. Deze paragraaf zal voormelde informatie combineren bij het bepalen van de concurrentiepositie van de Nederlandse BV ten opzichte van haar equivalenten in de ons omringende landen alsmede de SPE. Anders gezegd, zal er worden onderzocht in hoeverre Nederlandse ondernemers gebaat kunnen zijn bij gebruikmaking van de onderzochte buitenlandse rechtsvormen of het Europees alternatief.

Zoals uit paragraaf 4 blijkt worden de besproken ondernemingsvormen elk op hun eigen manier opgericht en voor die oprichting kent het vennootschapsrecht van de besproken landen een eigen set van oprichtingsdocumenten. Tabel 5 geeft een schematische weergave van niet alleen de oprichtingsdocumenten maar het geheel aan te volgen procedures inclusief het gemiddeld aantal benodigde dagen voor het opstarten van een besloten vennootschap en een schatting van de kosten van oprichting. De tabel is aangevuld met het in paragraaf 4 besproken minimumkapitaal dat conform nationaal vennootschapsrecht vereist is voor oprichting van de besloten vennootschap. Zoals besproken is in Nederland een wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht ahangig en hebben Duitsland en België recent een modaliteit van de huidige besloten vennootschapsvorm geïntroduceerd, onder andere om binnen de Europese Unie te kunnen concurreren met het nationale recht voor besloten vennootschapsvormen. Een van de meest opvallende kenmerken van deze nieuwe initiatieven is de verlaging van het vereiste minimumkapitaal, dat derhalve ook in tabel 5 is opgenomen.

Bovenstaande tabel behoeft een (summiere) uitleg en er dienen een aantal kanttekeningen te worden geplaatst. Het totale aantal te volgen procedures, inclusief de wettelijk vereiste oprichtingsdocumenten, en het aantal dagen dat benodigd is om een besloten vennootschap op te starten is afgeleid van gegevens van de World Bank 2010-documenten. De geraamde oprichtingskosten zijn gebaseerd op deze te volgen procedures. De volgende procedures zijn conform de World Bank 2010-documenten te onderscheiden in de voor deze publicatie onderzochte landen:

157. Genoemde bedragen zijn in euro tenzij anders aangegeven. De gegevens zijn afkomstig van The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 Netherlands*, 2009, p. 52; The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 Belgium*, 2009, p. 52; The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 Germany*, 2009, p. 52; en The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 United Kingdom*, 2009, p. 52. Beschikbaar op de website <www.doingbusiness.org>.

158. Zie in gelijke zin M.J.G.C. Raaijmakers, 'The Societas Privata Europaea: a basic reform of EU law on business organizations', in: M. Tison e.a. (red.), *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 39-40 waarin wordt betoogd dat in de eigen regeling expliciet de voorwaarden voor uitstoting of vrijwillige beëindiging van de samenwerking moeten worden opgenomen alsook de bepaling en betaling van de uitkoopprijs.

Nederlandse BV<sup>159</sup>

1. deponeren van het vereiste minimumkapitaal bij de bank;
2. controleren van de naam van de onderneming (op juistheid en geldigheid) bij de Kamer van Koophandel;
3. aanvragen verklaring van geen bezwaar voor de oprichter(s) en directeur(en) ten tijde van oprichting bij het Ministerie van Justitie;
4. opstellen en ondertekenen van een notariële akte van oprichting;
5. inschrijven van de onderneming bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel en verkrijgen van een registratienummer; en
6. registreren bij de belastingdienst (en aldaar registreren voor socialezekerheidsinstanties).

Belgische BVBA<sup>160</sup>

1. deponeren van ten minste 20% van het startkapitaal bij een Belgische kredietinstelling en verkrijgen van een standaardcertificatie ter bevestiging dat het kapitaal wordt gehouden op een geblokkeerde kapitaalrekening;
2. deponeren van een financieel plan bij de notaris, tekenen van de akte van oprichting en de statuten in de aanwezigheid van een notaris die de documenten bekrachtigt en die de akte van oprichting registreert; en
3. registreren bij het rechtspersonenregister en registreren ten behoeve van de belasting en sociale zekerheid bij het ondernemingsloket en verkrijgen van een registratienummer.

Duitse GmbH<sup>161</sup>

1. controleren van de naam van de onderneming bij de Kamer van Koophandel en Industrie;
2. bekrachtigen van de statuten en akte van oprichting door een notaris;
3. openen van een bankrekening;
4. statuten worden bij het handelsregister van de lokale rechtbank ingediend;
5. licht het lokale steunpunt/kantoor voor ondernemingen en standaarden in over de oprichting van de onderneming;
6. registreren bij de relevante beroepsvereniging;
7. inlichten van het lokale arbeidsbureau over de oprichting van de onderneming;
8. registreren van werknemers voor de zorgverzekering; en
9. benodigde documenten versturen naar het belastingkantoor.

VK Ltd.<sup>162</sup>

1. controleren van de naam van de onderneming op uniekheid in een online-namenindexdatabase;
2. voorbereiden akte van oprichting en statuten; invullen en ondertekenen van het aanvraagformulier voor registratie van een onderneming (Form IN01, welke de oude Form 10 en Form 12 vervangt);

3. neerleggen van de incorporatiedocumenten in het handelsregister;
4. contacteren van HM Revenue and Customs (departement van de Britse overheid belast met het innen van belasting en betaling van staatssteun) en registreren voor belasting (VAT; value added tax);
5. contacteren van HM Revenue and Customs en registreren voor PAYE (pay as you earn); en
6. inschrijven voor een aansprakelijkheidsverzekering voor werknemers.

Voorts dienen een aantal kanttekeningen geplaatst te worden bij tabel 5. Zo kent de flex-BV een minimumkapitaalvereiste van EUR 1, maar in ruil daarvoor is er in het wetsvoorstel een alternatieve crediteurenbescherming opgenomen in de vorm van een aangescherpte uitkeringsregeling met uitkeringstest. Daarnaast lijkt de Belgische BVBA een vergelijkbaar minimumkapitaal (EUR 18 550) te hebben ten opzichte van de huidige Nederlandse BV (EUR 18 000), maar van het minimumkapitaal van de BVBA hoeft maar EUR 6200 te worden volgestort bij oprichting (of bij een eenmans-BV EUR 12 400) al zijn de vennoten voor het verschil tussen de storting en het minimumkapitaal wel hoofdelijk gehouden tegenover belanghebbenden. Tevens kent de BVBA gemiddeld genomen de minste oprichtingsdagen. Anderzijds kent het Belgische vennootschapsrecht een verplicht financieel plan voor de BVBA en voor de S-BVBA met een minimumkapitaal van EUR 1 zelfs een verzwaard financieel plan. Ook van het minimumkapitaal van een Duitse GmbH hoeft maar de helft te zijn volgestort. Een nadeel van de GmbH kan het aantal opstartdagen zijn.

De Belgische S-BVBA en de Duitse UG (haftungsbeschränkt) kennen net als de flex-BV een wettelijk verplicht minimumkapitaal van EUR 1. Een belangrijk verschil hierbij is dat in Nederland het BV-recht wordt gewijzigd om een meer flexibel en eenvoudiger BV-recht te kunnen bewerkstelligen. Dit in tegenstelling tot de S-BVBA en UG (haftungsbeschränkt) die geen nieuwe zelfstandige rechtsvormen zijn, maar een voorstadium naar een volwaardige BVBA en GmbH. Dit brengt consequenties met zich zoals wettelijk verplichte reserveringen. De verlichting van de minimumkapitaaleis die de S-BVBA geeft is tevens gelimiteerd tot een periode van vijf jaar.

De tot nu toe grootste concurrent van de BV is de VK Ltd. Met de voorgestelde aanpassingen van het Nederlandse BV-recht wordt echter tegemoet gekomen aan een aantal aspecten, waaronder verlaging van het minimumkapitaal. De Ltd. kent een minimumkapitaal van GBP 1 wat vergelijkbaar is met de minimumkapitaaleis van de flex-BV. Beide jurisdicties kennen echter wel in de wet neergelegde en in de jurisprudentie ontwikkelde aansprakelijkheids- en gedragsnormen voor bestuurders ter bescherming van crediteuren. Tevens gaat de voorgestelde flex-BV gepaard met een alternatief stelsel van crediteu-

159.The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 Netherlands*, 2009, p. 52.

160.The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 Belgium*, 2009, p. 52.

161.The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 Germany*, 2009, p. 52.

162.The World Bank and the International Finance Corporation, *Doing Business 2010 United Kingdom*, 2009, p. 52.

renbescherming met een aangescherpte uitkeringsregeling met een uitkeringstest. Wat betreft het gemiddeld aantal opstartdagen en het gemiddeld aantal te volgen procedures zijn de huidige BV en de Ltd. al aan elkaar gewaagd. Een noemenswaardig verschil is nog gelegen in de kosten van oprichting die voor een Ltd. aanzienlijk lager liggen dan voor een BV. In hoeverre deze kosten van oprichting verlaagd zullen worden door de wijziging van het BV-recht is nog onduidelijk.

Kijkend naar de in dit onderzoek betrokken aspecten van de behandelde rechtsvormen zal door een ondernemer die een besloten vennootschap wil oprichten weinig voordeel te behalen zijn bij de keuze voor een BVBA of GmbH boven de BV. De Ltd. kent als rechtsvorm nog concurrentievoordelen ten opzichte van de huidige BV die gelegen zijn in het vereiste minimumkapitaal en de lagere oprichtingskosten. Wat het minimumkapitaal betreft zal dit concurrentievoordeel worden weggenomen met de geplande wijziging van het BV-recht, waarmee de flex-BV dus lijkt te voorzien in de vraag naar een concurrerende rechtsvorm.

Zoals reeds aangegeven wordt de keuze voor een rechtsvorm niet slechts gebaseerd op de in dit onderzoek behandelde aspecten. Buiten eventuele additionele voordelen die een rechtsvorm kan bieden, kent de incorporatie in een andere lidstaat ook zwaarwegende negatieve kanten die meegewogen dienen te worden. De feitelijke kosten van oprichting en instandhouding van een vennootschap naar buitenlands recht kunnen hoger uitkomen door onder andere een verhoging van de kosten aan advies en juridische bijstand door plaatselijke advocaten en adviseurs, een vermindering van persoonlijke privacy, een vermindering van de concurrentiepositie, hogere directe compliancekosten en hogere administratieve kosten.<sup>163</sup>

Zoals aangegeven in paragraaf 5 wordt er op het niveau van de Europese Unie gewerkt aan een supranationale rechtsvorm voor besloten kapitaalvennootschappen, die de naam *Societas Privata Europaea* (SPE) heeft meegekregen. Aandacht is besteed aan de kenmerken van de SPE op het gebied van oprichting, crediteurenbescherming en geschiloplossing. De vraag is of deze SPE een concurrerende rechtsvorm legt naast de aankomende flex-BV en de Ltd. Ten eerste is onduidelijk of en wanneer het Commissievoorstel om te komen tot een SPE-verordening daadwerkelijk in regelgeving zal worden omgezet. Ten tweede is niet te voorspellen welke (politieke) keuzes gemaakt zullen worden op het gebied van onder meer het minimumkapitaal noch welke onderwerpen in het SPE-statuuut geregeld zullen worden en welke zullen worden beheerst door het recht van de lidstaat waar de SPE haar statutaire zetel heeft. Het moge duidelijk zijn dat zolang deze vragen niet zijn beantwoord, de recente

inspanningen van verschillende nationale wetgevers niet achterhaald zijn door de verwachte komst van de SPE-verordening. De SPE biedt momenteel nog geen alternatief en wanneer de SPE werkelijkheid is, zal het voor Nederlandse ondernemers pas een interessant alternatief, oftewel concurrerende rechtsvorm, bieden indien gemiddeld genomen de eisen en kosten, zoals het vereiste minimumkapitaal, de oprichtingskosten, het aantal procedures en de oprichtingsdagen, voordelig uitpakken ten opzichte van de flex-BV en de Ltd. zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de vrijheden die het Britse en het toekomstige Nederlandse vennootschapsrecht kennen om bij de statuten de inrichting en organisatie van de vennootschap te regelen.

Enige nuancering van het bovenstaande is echter op zijn plaats aangezien deze overweging wellicht sterker geldt voor de West-Europese landen dan voor de Oost-Europese landen die op de West-Europese markt wensen te handelen en voor de West-Europese landen meer onbekende ondernemingsvormen hebben. Voor de herkenbaarheid zou een Europese BV in een dergelijke situatie uitkomst kunnen bieden. Deze verwachting wordt gestaafd door de resultaten van een in 2009 door Ernst & Young uitgevoerd Europees onderzoek naar de werking en effecten van de SE. Uit dit onderzoek blijkt dat de rechtsvorm van de SE een sterk Europese uitstraling heeft, waardoor een vennootschap een Europese identiteit krijgt, ondanks het feit dat de vennootschap grotendeels blijft geregeerd door nationale regels van vennootschapsrecht. Uit het onderzoek blijkt dat in Oost-Europese landen het Europese imago hoger wordt gewaardeerd dan in West-Europese landen zoals het Verenigd Koninkrijk, Luxemburg en Duitsland. In Oost-Europese landen, zoals Tsjechië en Slowakije, kan de keuze voor een Europese rechtsvorm worden opgevat als een op zichzelf staand voordeel en bewijs voor rechtszekerheid wat als voldoende reden wordt aanvaard om te kiezen of over te gaan naar de rechtsvorm van de SE.<sup>164</sup>

163. W.W. Bratton, J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis', *ECGI Law Working Paper* no. 91/2008, januari 2008, p. 28; G.J.H. van der Sangen, 'Een beschouwing over de interne markt, vrijheid van ondernemerschap en competitieve law-making binnen de EU', *TvOB* 2008-4.

164. Ernst & Young Société d'Avocats, Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE), 2008/S 144-192482 Final report, 9 december 2009, p. 210-211, te downloaden van de website: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2010/se/study\\_SE\\_9122009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf)>. Ook zal de regeling van de werknemerszeggenschap – een onderwerp dat in dit artikel buiten beschouwing is gebleven – van invloed zijn op de aantrekkelijkheid en aanvaardbaarheid van de SPE. Op dit terrein zijn uit deze evaluatie van de SE tevens lessen te trekken.